



diario

LA LLEY

Año XXXIII • Número 7873 • Martes, 5 de junio de 2012

www.diariolaley.es

WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. no se identifica necesariamente con las opiniones y criterios vertidos en los trabajos publicados.



Tribuna
 Páginas web corporativas de las sociedades no cotizadas
 7



Tribuna
 Un cambio radical del actual modelo de Registro Civil
 9

sumario

- **Doctrina**
 La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo: fundamento y deficiencias de una pena de aplicación masiva
José Ángel BRANDARIZ GARCÍA 1
- **Tribuna**
 Páginas web corporativas de las sociedades no cotizadas
Rafael JORDÁ GARCÍA 7
 Un cambio radical del actual modelo de Registro Civil
Francisco BENITO ALONSO 9
- **Jurisprudencia**
 Taxista que, ante el temor de impago por un cliente del importe de la carrera, la retiene y la impide apearse del vehículo, conduciendo de forma temeraria 14
 No puede inscribirse en el Registro Mercantil el nombramiento del presidente RTVE por el consejo de administración sin su previa designación por el Congreso de los Diputados 15

DOCTRINA

LA LEY 5937/2012

La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo: fundamento y deficiencias de una pena de aplicación masiva

José Ángel BRANDARIZ GARCÍA
 Universidad de A Coruña

La pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo goza de una larga tradición en el sistema penal español, y hoy se encuentra entre las sanciones más aplicadas por nuestros Tribunales Penales. Sin embargo, la mutación que ha experimentado en el CP 1995 no ha sido aprovechada para reflexionar sobre su fundamento, y sobre los criterios que deberían guiar su aplicación desde una óptica preventiva, evitando cualquier automaticidad en su imposición.

de sufragio activo. El legislador de 1995 decidió que la privación alcanzaría exclusivamente al derecho de ser elegido. En consonancia con ello, la disposición derogatoria única CP suprimió la referencia al derecho de sufragio activo en la sanción contemplada en el art. 137 LOREG.

A los efectos de la privación del derecho de sufragio pasivo como consecuencia jurídica, no puede concluirse esta introducción sin hacer referencia a un fenómeno de extraordinaria trascendencia práctica durante la última década, y quizás en el próximo futuro. Se trata de la privación material del derecho de sufragio pasivo a miles de personas como consecuencia de la interpretación jurisprudencial de los criterios de continuidad o sucesión de un partido político ilegalizado, de acuerdo con lo establecido en el art. 12.3 LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (LOPP), y —aún con mayor claridad— en el art. 44.4 LOREG (3). Si bien no se trata de un fenómeno penal (4), su relevancia obliga a considerarlo; no en vano, aunque la IEDSP priva cada año de la posibilidad de ser elegidos a decenas de miles de personas, la importancia cuantitativa de la exégesis jurisprudencial mencionada no es tampoco menor.

I. INTRODUCCIÓN

La sanción de IEDSP, regulada con carácter general en el art. 44 CP (1), tiene en el ordenamiento punitivo vigente la consideración de pena principal y —sobre todo— de pena accesoria. En este segundo caso, el art. 56.1 CP la incluye entre las sanciones privativas de derechos que pueden ser impuestas como accesorias a la prisión inferior a diez años.

La sanción estudiada tiene, como parece natural, una especial relevancia en relación con los delitos electorales, tal como establece el art. 137 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).

La actual redacción de la pena se mantiene sin modificaciones desde la aprobación del CP 1995. No obstante, no se trata en absoluto de una consecuencia jurídica del delito novedosa. Su innovación reside, entre otros extremos, en que contrariamente a lo que sucedía en los arts. 37 y 39 CP 1944/1973 (2), la sanción vigente no se proyecta sobre la privación del derecho

II. (EXCURSO) NIVEL DE APLICACIÓN DE LA IEDSP

Desafortunadamente, la *Estadística de condenados* del INE no contempla de forma específica las cifras de aplicación de la IEDSP, en lo que constituye una muestra de su insignificancia como pena principal. Tampoco lo hacen las otras fuentes estadísticas al uso sobre el sistema punitivo español. De este modo, no es posible para el investigador tener una imagen precisa de los niveles de imposición de la sanción, lo que resulta disfuncional para el trabajo de análisis, crítica y mejora de esta pena.



Tribunal Supremo
la sentencia del día
 Validez de venta de la cosa común realizada por un comunero sin consentimiento de los otros: aplicación de la dogmática de la venta de cosa ajena
 Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio. 11



3652K20456

OPINIÓN

La sanción de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo (IEDSP) ha emprendido, en el marco del CP 1995, un proceso de reformulación. El componente más evidente de ese proceso es la renuncia a sancionar penalmente con la privación del derecho de sufragio activo, decisión apropiada para no reforzar la exclusión de la comunidad que siempre amenaza a condenados y reclusos. Este proceso ha sido coetáneo de unos niveles de aplicación de la sanción muy significativos.

No obstante, ese volumen de aplicación constituye una de las cuestiones que merece reflexión. Sería necesario interrogarse si realmente tiene sentido preventivo que el sistema penal prive del derecho de sufragio pasivo a un porcentaje muy importante de sus condenados, tendencialmente al margen de la gravedad de los hechos y de la naturaleza de los delitos. Para evitar la perpetuación de esa situación urge una reconsideración profunda del régimen de accesoria penal del art. 56 CP, principal responsable del mencionado volumen de aplicación. La reflexión debería centrarse en superar la obligatoriedad de imposición de alguna pena accesoria, y en la recuperación de la relación entre el derecho de sufragio pasivo y el delito objeto de condena. Al mismo tiempo, parece necesario encontrar soluciones que impidan que las penas de prisión suspendidas o sustituidas comporten la accesoria de privación del derecho de sufragio.

Junto a ello, las reformas de la LOREG deberían aprovecharse para que la norma (en particular, los arts. 3.1 y 6.2) se acomode al modelo de privación de la posibilidad de ser elegido previsto en el CP. A mayor abundamiento, es necesario que la LOREG (art. 137 CP) establezca la duración de la pena de privación del derecho de sufragio pasivo en los delitos electorales.

No obstante, existen suficientes indicios para poder afirmar, sin temor a incurrir en error, que la IEDSP es una pena de aplicación muy elevada. Este aserto no debe sorprender, si se toma en consideración la interpretación que entiende que es una sanción de imposición prácticamente generalizada como accesoria de la prisión inferior a diez años, exégesis que se analiza *infra*. Siendo así, su aplicación masiva está garantizada: la prisión continúa siendo una de las penas de mayor protagonismo en nuestro sistema punitivo, y la casi totalidad de las condenas de prisión son inferiores a diez años (5). Por ello, puede hipotizarse que algunos cientos de miles de personas se encuentran excluidas de la posibilidad de ser elegidas por causa penal. No se trata de la causa de inelegibilidad más relevante en términos cuantitativos (obviamente, las condiciones de minoría de edad y extranjería aportan cifras muy superiores), pero constituye un supuesto de recorte del censo electoral de evidente trascendencia, seguramente el más significativo de los previstos en los arts. 3 y 6 LOREG.

III. CONTENIDO. LA RENUNCIA A LA PRIVACIÓN PENAL DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO

El contenido sustancial de la pena de IEDSP consiste en restringir el ejercicio del derecho político de sufragio. No obstante, como ya se ha avanzado, una característica relevante de esta sanción es que desde la aprobación del CP 1995 la privación penal del derecho se restringe a su vertiente pasiva, del mismo modo que sucede en la inhabilitación absoluta (art. 41 CP). En consecuencia, el legislador ha decidido que la comisión de un delito no puede llevar aparejada la privación de la posibilidad de participación en los asuntos públicos mediante la elección por sufragio de representantes, sino solo la de ser elegido. El CP lo establece expresamente en el art. 44 y, mediante la supresión articulada por la disposición derogatoria única, en el art. 137 LOREG.

No coincide exactamente con estas normas el art. 3.1 LOREG (6), que no especifica que la privación se restrinja a la vertiente pasiva del derecho de sufragio; todo lo contrario: se incluye en un Capítulo que se intitula «Derecho de sufragio activo». No obstante, y a pesar de esta incardinación, la norma debe entenderse hoy limitada a la vertiente pasiva del derecho de sufragio (7). Si no lo fuese, la decisión del legislador de 1995 carecería por completo de significación. La conclusión avanzada puede sustentarse en el apartado 2 de la disposición derogatoria única del Código Penal, que establece la derogación de todas las normas (en es-

te caso, la extensión del precepto a la vertiente activa del derecho de sufragio) incompatibles con lo dispuesto en el código (8). Con todo, sería recomendable que una próxima reforma de la LOREG fuese aprovechada, frente a lo que ha ocurrido en las últimas, para modificar el mencionado precepto.

Esta importante decisión del legislador ha supuesto la renuncia a privar a una amplia mayoría de los reclusos de su capacidad para votar, reforzando simbólicamente su condición de miembros de la comunidad política. No obstante, no resulta una decisión evidente, como muestra la historia penal española previa.

A los efectos de buscar un sólido fundamento para la decisión, podría pensarse que la afectación del derecho de sufragio activo es innecesaria en términos preventivos. En efecto, si la función de esta inhabilitación especial es —o debería ser— evitar que una persona pueda acceder a un determinado cargo público, bien porque pueda emplearlo para delinquir (fundamentalmente, como pena principal), bien porque ese desempeño sea difícilmente compatible con el cumplimiento de determinadas penas de prisión (como accesoria), solo es necesario que la privación se proyecte sobre la vertiente pasiva del derecho de sufragio (9). Por ello, mantener la afectación del derecho de sufragio activo supondría acudir a unas funciones de la pena no preventivas (10).

No obstante, esta fundamentación, que puede ser fácilmente aplicable al CP, se muestra más débil en relación con los delitos electorales, en los cuales la afectación del derecho de sufragio activo podría tener sentido preventivo. Por ello, parece que el fundamento básico de esta decisión debe hallarse en un cierto entendimiento de la prevención especial positiva, acorde con los tiempos presentes: el de renunciar a que la comisión de un delito, sea cual fuere, pueda suponer la exclusión formal de la comunidad política que implica la privación del derecho de voto (11). Desde el fundamento previamente sugerido, y aún más desde éste, la decisión no puede sino ser valorada.

Con todo, vale la pena reiterar que esta decisión del legislador español no es compartida en todos los lugares. El caso más claro es Estados Unidos, donde la práctica generalizada de privar de derecho de sufragio activo a los reclusos (en ocasiones, de forma perpetua), supone la exclusión de varios millones de personas de los censos electorales de aquel país (12).

Por otra parte, el CP no contempla la eventualidad de que la persona a la que se le aplica la IEDSP ya no gozase de tal derecho. Ello puede tener particular relevancia en relación con personas ex-

tranjeras condenadas a penas de prisión, y a quienes se aplique la accesoria estudiada. En línea de principio, en estos casos, que seguramente no son infrecuentes (13), se trataría de una sanción inútil. No obstante, esta calificación merece dos matizaciones. En primer lugar, los extranjeros comunitarios, y un pequeño grupo de extracomunitarios, gozan del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales y europeas (arts. 13.2 CE, 176.1, 210.1 LOREG). En segundo lugar, la aplicación de esta pena para extranjeros puede ser útil para evitar la adquisición del derecho durante el tiempo de condena, mediante el acceso a la nacionalidad española, de acuerdo con los arts. 20-23 CC.

IV. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN. LA PROBLEMÁTICA DE LA ACCESORIEDAD

1. La IEDSP como pena principal

Como se ha avanzado, la sanción de IEDSP puede ser, en línea de principio, pena principal y pena accesoria. No obstante, la naturaleza de pena accesoria es con mucho la más relevante. Más aún, como ha apuntado con acierto algún autor (14), la condición de pena principal cumple en este caso una función simplemente testimonial.

En efecto, en el CP la pena de IEDSP solo aparece como principal en el art. 559 (con una duración de dos a seis años), que incrimina la perturbación grave del orden público con objeto de impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos. Resulta ciertamente llamativo que una sanción que el cuerpo legal aplica como principal de forma tan infrecuente se haya reservado para este ilícito, en el cual su sentido no parece exento de cuestionamiento (15). De hecho, es sorprendente que se haya previsto en este tipo, y no en su antecedente (art. 558 CP), en el que la perturbación grave del orden puede producirse en un contexto electoral (16). Por ello, no deja de ser sugerente el planteamiento de algún autor (17), que considera que para haberse limitado a su mera previsión como principal en el art. 559 CP, el legislador de 1995 podía perfectamente haber restringido la función de la pena al ámbito de la accesoria.

Es probable que, frente a eso, pudiese argumentarse que el verdadero ámbito de aplicación de la pena como principal es el de los delitos electorales. No obstante, antes de abordar esa cuestión, procede interrogarse si el CP no podía emplear esta sanción como principal en más ilícitos. A estos efectos, hasta donde se alcanza a ver, se han formulado dos tipos de propuestas. En primer lugar, algún autor ha sugerido que la sanción podría operar co-

mo principal en relación con los delitos cometidos por organizaciones terroristas, en la medida en que revelan «el rechazo del sistema democrático» (18). Se trata de un planteamiento en exceso formalista y unidimensional, que seguramente desatiende —entre otros extremos— la pluralidad de los delitos de terrorismo. No obstante, tampoco debe sorprender, toda vez que es un análisis que goza de un evidente predicamento; no en vano, es la idea que subyace materialmente a la solución que se ha venido poniendo en marcha desde la aprobación de la LOPP, eso sí, en un plano extrapenal. Ecos de este planteamiento pueden verse también en la regulación específica que establece el actual art. 6.2.b) LOREG.

Más acogida merece una segunda propuesta. Algún analista ha sugerido que la pena estudiada se prevea como principal en relación con «delitos contra intereses colectivos con una dimensión política o contra la Administración Pública» (19). No obstante, al margen de una cierta inconcreción, este planteamiento tendría que enfrentar el escollo de que en general los delitos contra la Administración Pública contemplan ya otras penas privativas de derechos (suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para empleo o cargo público, inhabilitación absoluta), cuya previsión en este ámbito tiene pleno sentido, y a las que no parece excesivamente oportuno acumular la IEDSP, sobre todo en relación con la sanción del art. 41 CP. Con todo, si quiere mantenerse la previsión de la sanción estudiada como pena principal, probablemente éste sería el ámbito de trabajo para una reforma futura, sobre todo la comisión de delitos contra la Administración Pública por parte de particulares (20). De esta forma podría evitarse el sinsentido de conminar con inhabilitación especial para empleo o cargo público ciertos delitos susceptibles de ser cometidos por particulares (21).

2. La IEDSP en los delitos electorales: ¿Pena principal o pena accesoria?

Más allá del CP, como se ha señalado previamente, la sanción estudiada goza de un amplio campo de aplicación en relación con los delitos electorales, previstos en el Capítulo VIII del Título I de la LOREG. En efecto, el art. 137 de dicha norma establece, en la sección de disposiciones generales del capítulo, la aplicación cumulativa de la IEDSP en relación con todos los ilícitos electorales (arts. 139-150 LOREG). Seguramente la exégesis más inmediata de esta norma es entender que la sanción se contempla como pena principal en todos esos delitos, y así ha sido conceptualizada por la doctrina mayoritaria (22) y por la jurisprudencia claramente dominante (23). No en vano, si hay un campo en el que la sanción estu-

diada tiene sentido como pena principal es éste, sobre todo en relación con los ilícitos cometidos por particulares.

No obstante, afirmar la naturaleza de pena principal de la sanción de IEDSP pasivo en la LOREG exige confrontarse con un problema en absoluto menor que plantea en este punto dicha Ley penal especial. Tanto el legislador de 1985 como las sucesivas reformas ha cometido el error de no determinar la duración de la inhabilitación especial en estos delitos. En consecuencia, en este ámbito surge un interrogante de evidente relevancia. Para solventarlo, podrían emprenderse varios caminos exegéticos. En primer lugar, cabría entender que, en la medida en que se trata de una pena principal, la duración que le corresponde es la que establece con carácter general el art. 40.1 CP para todas las inhabilitaciones especiales: tres meses a veinte años (24). No obstante, la insuficiencia de este planteamiento es palmaria: de este modo se solventaría la laguna normativa mediante una extensión de los marcos de penalidad dudosamente respetuosa de la garantía penal del principio de legalidad, otorgando un espacio de discrecionalidad judicial, en relación con ilícitos de diferente gravedad, claramente excesivo. De hecho, con un marco de penalidad de amplitud tan desmesurada, habría que requerir que la exigencia de razonar en la sentencia la extensión concreta de la pena impuesta, establecida en el art. 72 CP, se cumpliera de forma especialmente escrupulosa. Sin embargo, la jurisprudencia que recurre a la solución criticada desatiende por completo la trascendencia de esa exigencia normativa. Esto constituye un motivo adicional para rechazar la tesis que considera que el art. 137 LOREG está contemplando una pena principal, y que su duración es de tres meses a 20 años. Una solución complementaria, consistente en acompañar lo establecido en el art. 40.1 CP con los límites en relación con la gravedad de las penas contemplados en el art. 33 CP, no parece que permitiera evitar el problema.

En consecuencia, una segunda solución —propuesta por algún autor (25)— consistiría en mantener la consideración de pena principal pero entender que su duración es, en cada caso, la que corresponde a la pena privativa de libertad. Si bien se trata de una tesis que sabe identificar el problema fundamental del art. 137 LOREG, no se logra ver cuál puede ser el anclaje normativo de esta solución. En efecto, no existe norma alguna en la LOREG o en el CP que permita dotar a esa exégesis de solidez legislativa.

Por ello, es necesario acudir a una tercera alternativa para abordar esta cuestión de forma solvente. Con la actual redacción del art. 137 LOREG no cabe sino sostener que la inhabilitación especial para el

derecho de sufragio pasivo es en el ámbito de los delitos electorales una pena accesoria (26). Esta exégesis no cambia en absoluto el marco de aplicabilidad de la sanción, pues la norma analizada la contempla con carácter preceptivo. La interpretación sí permite, en cambio, solucionar el problema de la duración, mediante la integración de la laguna con lo previsto en los arts. 33.6 y 56.1 CP, que disponen, como regla general, que la duración de las penas accesorias será la misma que corresponda a la principal; en el caso de que los delitos electorales contemplen varias penas principales será preeminente la duración de la prisión. No obstante, *de lege ferenda* parece perfectamente idóneo que en el marco de los ilícitos electorales la inhabilitación especial analizada sea pena principal, pero para ello sería necesario que la LOREG renunciara a la regulación vigente de su art. 137, estableciendo la duración en cada tipo o, en su caso, disponiendo expresamente que su extensión como principal sea, con carácter general, la que corresponda a la pena privativa de libertad (o a la multa).

3. La accesoriadad de la IEDSP en el Código Penal

A) La generalización de la IEDSP como pena accesoria

Por lo que hace a la accesoriadad de la IEDSP en el cuerpo legal vigente, el art. 56.1 CP establece que en los casos de aplicación de sanciones de prisión inferiores a diez años, el órgano sentenciador ha de imponer como accesorias una o varias de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, o privación de la patria potestad.

Esta regulación de la accesoriadad experimentó una reforma por medio de la LO 15/2003, que afectó a las condiciones normativas de aplicación de la pena estudiada. En efecto, la redacción originaria del art. 56 CP, estructurada en un único párrafo, se entendió generalmente por parte de la doctrina como un esquema de accesoriadad especial, en virtud del cual las diferentes sanciones previstas, y entre ellas la IEDSP, solo podían ser aplicadas cuando los derechos en ellas contemplados «hubieran tenido relación directa con el delito cometido» (27).

A pesar de que ese modelo de accesoriadad resultaba sugerente (28), el art. 56 CP presentaba alguna contradicción, toda vez que requería obligatoriamente que en todos los casos, incluso en

aquellos en que no se pudiese acreditar la referida relación con el delito, se aplicase al menos alguna de las accesorias. En este punto, entre otros, se apoyó la jurisprudencia para acoger la interpretación opuesta a la mencionada, en virtud de la cual la aplicación de la accesoria estudiada no requería la mencionada relación con el delito cometido (29).

La reordenación de la redacción del art. 56 CP mediante la LO 15/2003 vino a acoger la tesis jurisprudencial. De acuerdo con el texto vigente del art. 56.1 CP, la relación entre pena accesoria y delito cometido solo se requiere para aplicar las sanciones previstas en el núm. 3.º (inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, o privación de la patria potestad), pero no en relación con la suspensión de empleo o cargo público o con la IEDSP. Así lo han venido entendiendo desde la reforma tanto la doctrina (30) como la jurisprudencia (31).

Este nuevo esquema de accesoriadad influye sobremanera sobre las posibilidades de aplicación de la pena estudiada. Por una parte, las sanciones del art. 56.1.3 CP continúan sometidas a un modelo de accesoriadad especial, de modo que si no puede establecerse una relación entre los derechos de los que privan y el delito cometido no cabe su aplicación. Por otra parte, la suspensión de empleo o cargo público (art. 56.1.1 CP) no queda sometida a tal exigencia, pero solo puede imponerse en los casos en que el responsable detente tal empleo o cargo. De este modo, ambos numerales del art. 56.1 CP se encuentran frecuentemente con dificultades insalvables para su aplicación. El precepto analizado, empero, continúa requiriendo que en las penas de prisión inferiores a diez años se imponga al menos alguna de las accesorias. Precisamente por ello, la IEDSP se ha convertido, con especial claridad desde la LO 15/2003 (32), en la sanción accesoria residual que debe ser impuesta conjuntamente con aquella pena de prisión, al menos en los casos en que no resulten aplicables las demás sanciones del art. 56.1 CP (33).

La trascendencia de esta exégesis del art. 56 CP para la aplicación de la pena estudiada no requiere ser enfatizada. De acuerdo con este entendimiento, la inhabilitación analizada no está sometida a un modelo de accesoriadad especial, sino general; a mayor abundamiento, las dificultades que con frecuencia se plantean para aplicar las restantes accesorias del precepto la convierten en una sanción con tendencia a la generalización. Sin perjuicio de ello, existen por lo menos otros dos elementos que refuerzan la frecuencia de su imposición. Por una

parte, no puede perderse de vista que el art. 56.1 CP impone aplicar alguna de las accesorias, pero permite aplicar varias, con lo que en los casos en que se den los requisitos —implícitos o explícitos— de imposición de las restantes penas del precepto también puede recurrirse a la IEDSP (34). Por otra parte, el art. 56.2 CP, introducido por la LO 15/2003, ha sido entendido en el sentido de que la aplicación como principal de alguna de las penas privativas de derechos contempladas en el precepto no impide el recurso a estas accesorias, extremo que, dicho sea de paso, tiene un sentido político-criminal dudoso (35).

Todo ello completa el marco de entendimiento presente de la IEDSP como accesoria (36). Dicho con claridad, la sanción estudiada no es simplemente una accesoria residual, sino una pena de aplicación prácticamente generalizada, automática, o incluso obligatoria, en el caso de la imposición de la prisión inferior a diez años. Así lo ha señalado, sin ambages, la doctrina (37), y lo ha sostenido la jurisprudencia (38).

B) Fundamento de la IEDSP como pena accesoria de aplicación generalizada

Partiendo de este marco de regulación e interpretación del art. 56 CP, parece razonable interrogarse cuál es el fundamento político-criminal de esa aplicación tan generalizada de la IEDSP como accesoria de la prisión inferior a diez años.

Un primer fundamento político-criminal de esta situación podría hallarse en lo que, de acuerdo con la mejor doctrina (39), es la lógica que clásicamente ha venido sosteniendo la institución de las penas accesorias. En este sentido habría que referirse a la etiqueta de infamia que acompaña a una condena de prisión, de la que se derivaría la indignidad para ser elegido para cargos públicos. Es posible que, *prima facie*, este planteamiento suene un poco fuera de tiempo, pero lo cierto es que, con una u otra semántica, continúa siendo acogido por un sector de la doctrina (40). Más aún, es un planteamiento expresamente sostenido por la jurisprudencia, que señala que en tales condenados estaría ausente la confianza social que requiere el desempeño de un cargo público (41).

Este primer fundamento, no obstante, hoy resulta inasumible (42). Cuando menos porque su acogida choca, de forma irresoluble, con la vertiente positiva de la prevención especial, en particular con el sentido profundo del inciso del art. 25.2 CE que reclama que la restricción de los derechos fundamentales del condenado a pena de prisión solo se vea fundamentada en «el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria» (43). Más

aún, la obsolescencia de esta interpretación no puede ser desatendida. La idea de que una condena a pena de prisión, por muy breve que pueda ser, es incompatible con el desempeño de un cargo —o empleo— público por razones de indignidad parte de un concepto de función pública que ya no existe. Una Administración Pública que, entre otras razones por la aplicación generalizada de las tesis del *New Public Management* (44), se ha astillado en múltiples modelos de gestión, aproximándose cada vez más al funcionamiento de los entes privados, está completamente alejada de los exigentes requisitos de probidad que sustentaban, en un plano axiológico, aquella interpretación. Más allá de las sólidas razones preventivas que lo desacreditan, este fundamento de la accesoria de la inhabilitación especial pertenece a un tiempo pasado.

De hecho, en el plano axiológico debería más bien reflexionarse sobre una perspectiva antitética a la comentada. En la medida en que la pena de privación del derecho de sufragio se proyecta sobre un ámbito en el que se interrelacionan cuestiones punitivas con consideraciones manifiestamente políticas (o político-constitucionales), debería reflexionarse si el mantenimiento del derecho de sufragio pasivo de los condenados a prisión no podría servir para solventar persecuciones penales políticamente condicionadas y de dudoso sustento garantista, frente a las que ningún Estado de Derecho está inmune. No se desconoce que esta reflexión en el contexto español puede sonar extraña, sino aberrante, y prueba de ello es que la aplicación de la LOPP ha avanzado por una senda tendencialmente opuesta. No obstante, algún ejemplo hay en países de nuestro entorno —sobre todo en Italia, en el contexto de los denominados *anni di piombo* (45)— de casos en que la no privación del derecho de sufragio pasivo vino a evidenciar modelos penales preocupantes desde una perspectiva garantista (46).

Por ello, y a pesar de las afirmaciones de la jurisprudencia, el fundamento de esta aplicación generalizada de la IEDSP como pena accesoria tiene que responder a un segundo planteamiento, bastante más utilitario que el anterior. En efecto, al igual que sucede con la pena prevista en el art. 56.1.1 CP, la previsión de la inhabilitación especial como accesoria de aplicación generalizada tiene que ver con la idea de la incompatibilidad —material, no axiológica— entre condena a prisión y ejercicio de un cargo —o empleo— público. De nuevo, se trata de un planteamiento que cuenta con el refrendo de un sector de la literatura (47).

Es, por lo demás, la idea que parece subyacer al art. 6.2 LOREG, que dispone que «son inelegibles: a). Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de li-

bertad, en el periodo que dure la pena». De este modo, la interpretación del art. 56 CP vigente seguiría este mismo planteamiento, pretendiendo cohesionar lo establecido en materia de accesoria punitiva con la regulación electoral general (48). Con todo, no cabe perder de vista que el art. 6.2 LOREG peca también de una cierta obsolescencia (por lo que cabe lamentar que la LO 3/2011, de 28 de enero, no se haya aprovechado para su reforma) (49). La evidencia más clara de ello es que el precepto habla de condena «a pena privativa de libertad», mientras que el art. 56.1 CP se refiere simplemente a la prisión; en este caso, la razón asiste al cuerpo legal punitivo, pues no se alcanza a ver qué sentido material tiene privar del derecho a ser elegida a una persona condenada a localización permanente o, en línea de principio, a responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Sin perjuicio de ello, y sin desatender el hecho de que este fundamento resulta más aplicable en relación con la suspensión de empleo o cargo público que respecto de la inhabilitación especial estudiada, se trata de un razonamiento que también genera ciertas dudas.

Si se admite que en este caso se está abandonando el discurso axiológico de la indignidad, la incompatibilidad inherente entre el cumplimiento de la pena de prisión y el desempeño de un cargo público (electivo) solo puede ser de orden material. Precisamente esta incompatibilidad material es lo que debe ser cuestionado, cuando menos si se afirma —como es el caso— de forma general.

En primer lugar, no hay nada materialmente incompatible entre el desempeño de un cargo público y el cumplimiento de una pena de prisión en régimen de tercer grado o de libertad condicional, instituciones de nuestro sistema penitenciario de aplicación no infrecuente (50).

Pero, más allá de ello, cabe reiterar en que el art. 56 CP y —más aún— el art. 6.2 LOREG hablan de privación del derecho de sufragio pasivo en todos los casos de prisión, incluso en las condenas de más breve duración (51). En éstas, que son con mucho la amplísima mayoría de las condenas de prisión impuestas en el sistema penal español (52), la privación de libertad puede no llegar a ejecutarse, siendo suspendida condicionalmente u objeto de sustitución. De nuevo, no se trata de una posibilidad meramente formal, sino todo lo contrario: los datos disponibles permiten intuir que el resultado final más frecuente de una condena de prisión en el sistema penal español no es la ejecución, sino la suspensión condicional (53).

En consecuencia, sustentar la generalización de la IEDSP en la incompatibilidad material de *toda* condena de prisión y

desempeño de un cargo público no se corresponde con la realidad punitiva. Al menos mientras no se solventa la cuestión de la posibilidad de suspensión conjunta de las accesorias con la pena principal de prisión, algo que continúa siendo discutido en la literatura (54), y desatendido en la práctica, la generalización de la accesoria estudiada es insostenible.

C) Conclusiones. Hacia un marco de aplicación razonable de la IEDSP

Sintetizando este conjunto de elementos de análisis, cabe derivar de todo ello dos conclusiones, de orden diferente. En primer lugar, *de lege lata* parece existir poco espacio para evitar la aplicación residual de la accesoria de IEDSP en relación con las penas de prisión inferiores a diez años, ex art. 56 CP. En los casos en que no exista relación entre el delito cometido y las penas del art. 56.1.3 CP, y en que el sujeto no detente un cargo o empleo público, la obligatoriedad de recurrir a alguna accesoria determina la aplicación de la sanción estudiada. El único resquicio que podría matizar esta conclusión es que el precepto exige que esa imposición de accesorias se realice «atendiendo a la gravedad del delito», pero incluso este extremo no parece que pueda socavar el carácter preceptivo del recurso a la accesoria. No obstante, la cuestión es bien diferente cuando sean aplicables las sanciones previstas en los núms. 1.º, 3.º del art. 56 CP. En tales casos no hay ninguna razón que obligue necesariamente a acumular a ellas la IEDSP. La debilidad del fundamento político-criminal de su aplicación accesoria, y la mencionada referencia a la gravedad del delito, deben servir para evitar una acumulación carente de sustento.

En segundo lugar, la conclusión es tendencialmente opuesta desde una perspectiva *de lege ferenda*. En ese plano solo cabe reclamar una reforma urgente del art. 56 CP (55), que ponga fin a la obligatoriedad y automaticidad de la aplicación de las accesorias (56), en particular de la privación del derecho de sufragio. Para ello, pensando en un desarrollo de algunas ideas ya presentes en el precepto, se intuyen dos vías alternativas. En primer lugar, podría pensarse en vincular la accesoria a la gravedad del delito cometido (57). Podría ser una solución idónea, que serviría para superar los marcos de penalidad susceptibles de suspensión o sustitución, y que —como ponen de manifiesto datos ya mencionados— reduciría de forma muy drástica la posibilidad de imposición de la IEDSP. Podría ser también una solución acogida por quienes consideran que hay una incompatibilidad material inherente entre desempeño de cargo público y cumpli-

miento efectivo de la pena de prisión. No obstante, cuenta con el problema de continuar acudiendo a un modelo de accesoriadad general, aunque sea limitada a una cierta gravedad de la prisión, algo que no resulta plenamente convincente desde una perspectiva preventiva (58).

Una segunda solución *de lege ferenda* para evitar la automaticidad consistiría en retornar al modelo de accesoriadad especial previsto por la versión original del art. 56 CP, pero, a diferencia de ésta, prescindiendo del carácter preceptivo de imponer alguna pena accesoria (59). Se trataría de un modelo de complemento punitivo potestativo semejante al que establecen los arts. 83 y 88.1 CP en relación con la suspensión condicional y la sustitución, pero en la que la decisión del juzgador podría guiarse por un criterio claro: el de la relación entre el derecho del que se priva y el ilícito cometido. Como resulta evidente, esta solución restringiría —seguramente aún más que la antecedente— la aplicación de la inhabilitación especial estudiada. Pero en ello no hay nada inherentemente negativo. Todo lo contrario: de lo que se trata es de que la aplicación de la inhabilitación especial como accesoria se guíe por criterios preventivo-especiales y de proporcionalidad (60), algo que ahora es inviable (61).

V. BIBLIOGRAFÍA

AEBI, M. F./DELGRANDE, N. (2011), *Council of Europe Annual Penal Statistics. SPACE I. Survey 2009*, Council of Europe, Strasbourg.

DE ALBA BASTERRECHEA, E. (2010), «Inelegibilidades como límite al derecho de sufragio», en PASCUA MATEO, F. (dir.), *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de derecho electoral*, Civitas-Thomson Reuters/Asamblea de Madrid, Cizur Menor.

ALLEN, J. (2008), «Of Taints and Time. The Racial Origins and Effects of Florida's Felony Disenfranchisement Law», en FRAMPTON, M. L./LÓPEZ, I. H./SIMON, J. (eds.), *After the War on Crime*, New York University Press, New York.

AYO FERNÁNDEZ, M. (1997), *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, Aranzadi, Pamplona.

BAUCELLS I LLADÓS, J. (2011a), «Art. 44», en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires.

BAUCELLS I LLADÓS, J. (2011b), «Art. 56», en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires.

BECKETT, K./SASSON, T. (2004), *The Politics of Injustice*, 2.ª ed., Sage, Thousand Oaks.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al (2010), *Curso de Derecho Penal. Parte general*, 2.ª ed., Experiencia, Barcelona.

BERNAL VALLS, J. (1999), «Las penas privativas de derechos en el nuevo Código Penal», en *Revista General de Derecho*, núm. 652-653.

BLANCO LOZANO, C. (2003), *Derecho Penal. Parte general*, LA LEY, Madrid.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.) (2011), *Código Penal comentado*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona.

CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B. (2011), *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Tecnos, Madrid.

DEMETRIO CRESPO, E. (2007), «Art. 56», en ARROYO ZAPATERO, L. et al., *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid.

FERRAJOLI, L. (1995), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.

FERREIRO BAAMONDE, X. (2008), *El proceso de disolución de partidos políticos*, Iustel, Madrid.

GARCÍA ALBERO, R. (2011), «Arts. 55-56», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) et al., *Comentarios al Código Penal español. Tomo I (arts. 1 a 233)*, 6.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor.

GARCÍA SORIANO, M. V. (2000), *Jueces y magistrados en el proceso electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

GRACIA MARTÍN, L. (coord.) (2006), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. (2004), «Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias», en LA LEY, vol. 2004-5.

JAREÑO LEAL, A. (1998), «La pena de multa y las penas privativas de derechos en el Código Penal de 1995», en AA. VV., *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. 2, Universitat de València, Valencia.

JORGE BARREIRO, A. (1997), «Art. 56», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (1994), «Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio», en AA. VV., *Delitos electorales, responsabilidad civil derivada del delito, delitos contra el deber de prestación del servicio militar, nueva regulación de la corrupción pública*, Revista de Derecho Privado, Madrid.

DE LAMO RUBIO, J. (1997), *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, Bosch, Barcelona.

LANDECHO VELASCO, C. M./MOLINA BLÁZQUEZ, C. (2004), *Derecho Penal español. Parte general*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid.

LLORCA ORTEGA, J. (2005), *Manual de determinación de la pena*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MAPELLI CAFFARENA, B. (2011), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid.

MATUS ACUÑA, J. P. (1997), «Penas privativas de derechos», en CID MOLINÉ, J./LARRAURI PIJOAN, E. (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997.

MAZA MARTÍN, J. M. (1996), «Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal», en AA. VV., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid.

MOLINA BLÁZQUEZ, C. (2000a), «Art. 44», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Arts. 24 a 94*, Edersa, Madrid.

MOLINA BLÁZQUEZ, C. (2000b), «Art. 56», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Arts. 24 a 94*, Edersa, Madrid.

MOLINA BLÁZQUEZ, C. (coord.) (2005), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito estudio práctico*, Bosch, Barcelona.

MORILLAS CUEVA, L. (1977), *Los delitos electorales*, Granada, Universidad de Granada.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. (2010), *Derecho Penal. Parte general*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MUÑOZ CUESTA, J./MARTÍ CRUCHAGA, V. (2008), «Delitos electorales», en *Diario LA LEY*, n.º 6887.

OSBORNE, D./GAEBLER, T. (1995), *La reinención del gobierno: la influencia del espíritu empresarial en el sector público*, Paidós, Barcelona.

POZUELO PÉREZ, L. (1998), *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Colex, Madrid.

RÍOS MARTÍN, J. C./SEGOVIA BERNABÉ, J. L./PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (2009), *Las penas y su aplicación. Contenido legal, doctrinal y jurisprudencial*, 4.ª ed., Colex, Madrid.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2006), *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, Dykinson, Madrid.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. (2011), «Art. 44», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (2002a), «Art. 44», en DEL MORAL GARCÍA, A./SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coords.), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo I. Arts. 1 a 137*, Comares, Granada.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (2002b), «Art. 56», en DEL MORAL GARCÍA, A./SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coords.), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo I. Arts. 1 a 137*, Comares, Granada.

TAMARIT SUMALLA, J. M. (2011), «Art. 44», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) et al., *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Arts. 1 a 233)*, 6.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor.

UGGEN, C./MANZA, J. (2006), *Locked Out: Felon Disenfranchisement and American Democracy*, Oxford University Press, New York.

VALEIJE ÁLVAREZ, I. (2009), «La reforma del régimen de la accesoriadad penal. Especial referencia al proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2007», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.) et al., *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VALLDECABRES ORTIZ, I. (1996), «Art. 44», en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2010), «Penas accesorias», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia. ■

NOTAS

(1) El art. 44 CP dispone: «La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos».

(2) Sobre los problemas que planteaba en el pasado la previsión alternativa de la suspensión del derecho de sufragio (art. 39 CP 1944/1973) y la inhabilitación especial para el derecho de sufragio (art. 37 CP 1944/1973), vid., por todos, POZUELO PÉREZ, 1998: 14.

(3) Vid., sobre ello, FERREIRO BAAMONDE, 2008: 151-163.

(4) Vid., por todos, FERREIRO BAAMONDE, 2008: 46-47.

(5) A modo de referencia, de acuerdo con la Estadística de condenados 2010 del INE, los órganos jurisdiccionales penales españoles impusieron en ese año 138.791 sanciones de prisión (23,2% del total de penas), de las cuales el 97,9% (135.891) fueron iguales o inferiores a cinco años (la estadística no contempla específicamente la referencia a las iguales o menores a diez años).

(6) El art. 3.1 LOREG dispone: «Carecen de derecho de sufragio: a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento».

(7) Vid., también de esta opinión, BLANCO LOZANO, 2003: 535-536; DE LAMO RUBIO, 1997: 129, núm. 14; MOLINA BLÁZQUEZ, 2000a: 627; VALLDECABRES ORTIZ, 1996: 326-327.

(8) Vid., en este sentido, BLANCO LOZANO, 2003: 535-536; VALLDECABRES ORTIZ, 1996: 326-327.

(9) En este sentido se pronuncia, parcialmente, POZUELO PÉREZ, 1998: 15.

(10) POZUELO PÉREZ, 1998: 15, considera que la privación del derecho de sufragio activo solo podría tener un sentido retributivo.

(11) Vid., sustancialmente de esta opinión, LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, 2004: 539; MOLINA BLÁZQUEZ, 2000a: 627; 2005: 49; TAMARIT SUMALLA, 2011: 433-434. MATUS ACUÑA, 1997: 127-128, considera, por su parte, que la privación del derecho de sufragio activo no es consonante con la regulación del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos del art. 23.1 CE.

(12) Vid. ALLEN, 2008: 166 ss.; BECKETT/SASSON, 2004: 68, 185; UGGEN/MANZA, 2006, quienes destacan que esa decisión punitiva, que afecta de forma muy diferente a negros y latinos que a blancos, es tan relevante que se puede considerar que ha llegado a condicionar el resultado de algún proceso electoral de los últimos lustros.

(13) A modo de referencia, de acuerdo con la Estadística de condenados 2010 del INE, de las 138.791 penas de prisión impuestas en aquel año por los órganos jurisdiccionales penales españoles, 41.130 (el 29,6%) tuvieron como destinatarios personas extranjeras.

(14) Cfr. TAMARIT SUMALLA, 2011: 434.

(15) En el mismo sentido, cfr. BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA MARTÍN, 2006: 132; TAMARIT SUMALLA, 2011: 434.

(16) Vid., en este sentido, SERRANO BUTRAGUEÑO, 2002a: 645.

La perplejidad es aún mayor cuando se repara en que el art. 558 CP, que incrimina las perturbaciones graves del orden en un colegio electoral, solo permite imponer la IEDSP, como accesoria, en los casos en que se opte por la principal privativa de

libertad, mientras que el art. 147 LOREG, que criminaliza la perturbación grave del orden en un acto electoral, lleva aparejada dicha sanción en todo caso.

(17) Cfr. TAMARIT SUMALLA, 2011: 434.

(18) Cfr., en este sentido, BERNAL VALLS, 1999: 17, quien destacaba, no obstante, que esta propuesta ya se encontraba entonces plasmada —en sustancia— en el art. 6.2 LOREG.

(19) Cfr. TAMARIT SUMALLA, 2011: 434.

(20) MOLINA BLÁZQUEZ, 2000a: 628; 2005: 49; LLORCA ORTEGA, 2005: 241, realizan una propuesta semejante, pero referida al conjunto de la parte especial (en concreto, a todos aquellos delitos que tengan prevista inhabilitación especial para empleo o cargo público). Esta extensión es la que hace que la propuesta esté lastrada por un cierto exceso de generalización.

(21) Vid., sobre ello, LLORCA ORTEGA, 2005: 240.

(22) Vid., en este sentido, BERNAL VALLS, 1999: 17; BAUCCELLS I LLADÓS, 2011a: 471; JIMÉNEZ DÍAZ, 1994: 16-17; MUÑOZ CUESTA/MARTÍ CRUCHAGA, 2008: 1729; MORILLAS CUEVA, 1977: 29; SERRANO BUTRAGUEÑO, 2002a: 645-646.

(23) Vid., entre muchas otras, las SSTS 885/2006, de 22/IX; 1140/2006, de 21/XI; 13/2007, de 22/I; 511/2009, de 14/V; 1125/2009, de 12/XI; 1003/2010, de 18/XI.

(24) Ésta es la postura que sostienen expresamente JIMÉNEZ DÍAZ, 1994: 16-17; MUÑOZ CUESTA/MARTÍ CRUCHAGA, 2008: 1729. Se trata también de la solución que acoge la jurisprudencia: vid., entre otras, las SSTS 885/2006, de 22/IX; 1140/2006, de 21/XI; 13/2007, de 22/I; 511/2009, de 14/V; 1125/2009, de 12/XI.

(25) Cfr., en este sentido, BERNAL VALLS, 1999: 17.

(26) Vid., en el mismo sentido, GARCÍA SORIANO, 2000: 173.

(27) Vid., por todos, JAREÑO LEAL, 1998: 78; POZUELO PÉREZ, 1998: 24-25.

(28) Vid., de esta opinión, JAREÑO LEAL, 1998: 78; POZUELO PÉREZ, 1998: 24-25. Mantiene la opinión contraria GARCÍA ALBERO, 2011: 469-470.

(29) Vid. las SSTS 69/1999, de 26/I; 1309/1999, de 25/IX; 1442/1999, de 18/X; 1273/2000, de 1/VII; 112/2003, de 3/II; 548/2003, de 9/IV, entre otras.

(30) Vid. BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA MARTÍN, 2006: 132; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 2011: 263, 286-287; BAUCCELLS I LLADÓS, 2011b: 560-561 —con matices—; DEMETRIO CRESPO, 2007: 198; GARCÍA ALBERO, 2011: 470; RODRÍGUEZ RAMOS, 2006: 236; TAMARIT SUMALLA, 2011: 434; VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 189, 201-202.

(31) Vid., entre otras, las SSTS 479/2005, de 15/V; 20/2007, de 22/I.

(32) Con especial claridad tras la reforma, porque antes de ella la jurisprudencia ya consideraba que la IEDSP constituía la accesoria residual del art. 56.1 CP. Vid., entre otras, las SSTS 1309/1999, de 25/IX; 1442/1999, de 18/X; 1273/2000, de 14/VII; 548/2003, de 9/IV; 417/2003, de 14/VII; así como la Consulta 2/2000, de 14 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado. Tras la reforma, vid., entre otras, la STS 20/2007, de 22/I.

(33) Vid. AYO FERNÁNDEZ, 1997: 177; BAUCCELLS I LLADÓS, 2011b: 561; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., 2010: 480; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 2011: 263, 287-288; DEMETRIO CRESPO, 2007: 198-199; LLORCA ORTEGA, 2005: 256; MAPELLI CAFFARENA, 2011: 347; MOLINA BLÁZQUEZ, 2000b: 714-715; 2005: 68-69;

RÍOS MARTÍN/SEGOVIA BERNABÉ/PASCUAL RODRÍGUEZ, 2009: 68; RODRÍGUEZ RAMOS, 2006: 236; SERRANO BUTRAGUEÑO, 2002a: 646; TAMARIT SUMALLA, 2011: 434; VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 189, 203, 207. Vid. asimismo MAZA MARTÍN, 1996: 165-166.

(34) Vid., entre otras, las SSTS 1309/1999, de 25/IX; 1171/2006, de 27/XI; 20/2007, de 22/I; 93/2007, de 1/II. Vid. asimismo VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 207, quien señala que lo que suele suceder en la práctica es que la pena estudiada se impone si el sujeto es un particular, y que también se aplica, conjuntamente con la suspensión de empleo o cargo público, si el sujeto detenta esa condición.

(35) Vid., en este sentido, CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, 2011: 323; MAPELLI CAFFARENA, 2011: 342-343, 347. VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 208-209, por su parte, considera que el sentido de este inciso normativo es impedir que un condenado a penas principales de prisión e inhabilitación pueda ver impedida la aplicación de la sanción accesoria de privación del derecho de sufragio y, en consecuencia, presentarse a unas elecciones.

(36) Vid. MAPELLI CAFFARENA, 2011: 265.

(37) Vid., entre otros, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 2011: 263; BAUCCELLS I LLADÓS, 2011b: 561; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2011: 300; LLORCA ORTEGA, 2005: 256; TAMARIT SUMALLA, 2011: 434; VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 189, 203, 207.

(38) Vid., entre otras, las SSTS 1309/1999, de 25/IX; 548/2003, de 9/IV, ambas previas a la LO 15/2003.

(39) Vid., sobre ello, VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 197-198, 213.

(40) Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 2011: 287-288. Vid. asimismo, desde una perspectiva crítica, VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 188, 194, 198, 203, 207, 213.

(41) Vid., entre otras, las SSTS 69/1999, de 26/I; 1309/1999, de 25/IX, así como la Consulta 2/2000, de la Fiscalía General del Estado.

(42) Cfr., en un sentido semejante, MAPELLI CAFFARENA, 2011: 265; VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 214; VILLACAMPA ESTIARTE, 2010: 118.

(43) Vid., MAPELLI CAFFARENA, 2011: 265. Vid. asimismo, en un sentido sustancialmente coincidente, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAÑ, 2010: 505; VILLACAMPA ESTIARTE, 2010: 118.

(44) Vid., por todos, OSBORNE/GAEBLER, 1995.

(45) Vid., sobre ello, en términos generales, FERRAJOLI, 1995: 844, 846.

(46) Sea como fuere, es evidente que esta reflexión merecería un análisis mucho más detenido que el que aquí puede ofrecerse. Con todo, no parece oportuno dejar de apuntarla, como campo para una posible investigación ulterior.

(47) Vid., de esta opinión, BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA MARTÍN, 2006: 132; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 2011: 287-288; BAUCCELLS I LLADÓS, 2011b: 560-561; MOLINA BLÁZQUEZ, 2005: 49.

(48) MOLINA BLÁZQUEZ, 2005: 68-69, señala que la previsión de este artículo de la LOREG supone que la aplicación tendencialmente generalizada como accesoria de la inhabilitación estudiada no tenga relevancia práctica.

(49) Sobre los problemas exegéticos que genera la diferente regulación de los arts. 56.1 CP y 6.2.a) LOREG, vid. DE ALBA BASTERRECHEA, 2010: 186-188.

(50) Siendo consciente de la cuestión planteada en el texto, SERRANO BUTRAGUEÑO, 2002b: 728, considera que las penas accesorias no deberían tener la

misma duración que la principal, ya que el sujeto podría acceder a los derechos privados por ellas en los periodos de tercer grado o libertad condicional.

(51) Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 189-190.

(52) En efecto, la Estadística de condenados 2010 del INE muestra que en aquel año el 89,0% de las penas de prisión impuestas por el orden jurisdiccional penal español tuvieron una duración de hasta dos años. Como es obvio, la concurrencia de reincidencia o habitualidad delictivas, o la acumulación de estas sanciones a otras privativas de libertad en el marco de la misma condena, pueden imposibilitar el recurso a las instituciones de los arts. 80-88 CP. No obstante, el hecho es que la amplísima mayoría de las penas de prisión impuestas en España no superan, individualmente consideradas, los límites temporales de la suspensión condicional y de la sustitución.

(53) El informe AEBI/DELGRANDE, 2011: 79, muestra que el número de personas que ingresaron en los centros penitenciarios españoles en 2008 (condenadas a prisión o a responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa) fue de 49.852. En contraste con ello, de acuerdo con la Estadística de condenados 2008 del INE el número de personas condenadas en ese año a prisión o responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa fue de 146.624. Esta desproporción es una constante que se mantiene en los años anteriores.

(54) Para un análisis en profundidad de la posibilidad de suspender condicionalmente las penas accesorias vinculadas a la prisión, vid. GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, 2004: 1274-1282, quien, si bien apoya esa posibilidad, no deja de destacar las dificultades que se presentan de lege lata. Vid. asimismo VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 189, 192, 214, quien, aun entendiendo la suspensión de las accesorias inviable de lege lata, considera que es la solución idónea de lege ferenda.

(55) También sería necesaria una reforma del art. 6.2.a) LOREG, en la línea de todo lo que se ha señalado. No obstante, BERNAL VALLS, 1999: 30, lleva razón cuando señala que la regulación de aquel precepto no supone que el art. 56 CP haya de convertir a la IEDSP en accesoria de aplicación general.

(56) Vid., también en este sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 195, 214.

(57) Vid., en esta línea, VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 211.

(58) En efecto, incluso aunque se sostenga la incompatibilidad material mencionada, cabría interrogarse por qué ello ha de merecer consagración penal. Podría haber otro género de soluciones, de orden jurídico-constitucional o administrativo, para solventar esta cuestión, que no deberían entender que la ejecución de prisión supone, necesariamente y en todo caso, la imposibilidad de ser elegido para cargos públicos.

(59) Vid., en un sentido semejante, con referencia al conjunto de las penas del art. 56 CP, VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 208-209; VILLACAMPA ESTIARTE, 2010: 118.

(60) Vid., en el mismo sentido de esta reclamación, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., 2010: 481; MAPELLI CAFFARENA, 2011: 339 ss.; VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 214. Vid. asimismo JORGE BARREIRO, 1997: 242.

(61) También VALEIJE ÁLVAREZ, 2009: 190-191, 193, destaca que la previsión como generalizada de la aplicación de algunas accesorias del art. 56 CP, señaladamente de la pena estudiada, conculca el principio de proporcionalidad. A ello añade que la automatización vulnera también el principio de responsabilidad por el hecho, así como el postulado de resocialización.



Tribuna

Páginas web corporativas de las sociedades no cotizadas

LA LEY 5938/2012

Páginas web corporativas de las sociedades no cotizadas

Rafael JORDÁ GARCÍA

Profesor Asociado de Derecho Mercantil Universidad de Murcia
Abogado. Doctor en Derecho

El Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital ha introducido modificaciones y ha ampliado la regulación de la página web corporativa para las sociedades no cotizadas. La página web corporativa sigue siendo voluntaria salvo para las sociedades que cotizan, pero acordada su creación su inscripción pasa a ser obligatoria en el Registro Mercantil y se ha ampliado su ámbito de aplicación a distintos aspectos de las operaciones de restructuración.

I. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LAS PÁGINAS WEB CORPORATIVAS

La Ley de Transparencia (Ley 26/2003, de 17 de julio) modificando la Ley del Mercado de Valores estableció la obligación de tener página web corporativa solo para las sociedades cotizadas, para difundir la información relevante y para atender el ejercicio, por parte de los accionistas, del derecho de información (1).

Respecto a las sociedades no cotizadas la primera referencia a la utilización de las páginas web corporativas se introdujo por el RDL 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo (RDL 13/2010) (2), que fomentaba su utilización como medio de publicación de determinados actos societarios pero sin desarrollar los requisitos para la creación de la página web o la obligatoriedad o no de su inscripción.

Hubo que esperar a la introducción del art. 11 bis en la LSC por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la LSC y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas

(en adelante Ley 25/2011) para tener un régimen relativo a los requisitos de la páginas web corporativas.

Recientemente se ha modificado en parte y también ampliado la regulación relativa a las páginas web corporativas de las sociedades de capital en el RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (en adelante RDL 9/2012) (3), norma en la que se aprovechan los cambios introducidos en dichas operaciones de restructuración (4) para darle mayor desarrollo legal a las páginas web cuyo uso precisamente se potencia en las operaciones de fusión y escisión como se referirá *infra*.

Este RDL 9/2012 introduce en el Capítulo II del Título I una nueva sección 4.ª bajo el epígrafe «Página web», eliminando el concepto anterior de «sede electrónica» y pasa a estar compuesto por los arts. 11 bis, 11 ter y 11 quarter, si bien este último introduce una referencia a las comunicaciones por medios electrónicos entre el socio y la sociedad, limitándose a indicar que solo podrán tener lugar si el socio lo hubiera aceptado expresamente. Será necesario para su mayor implementación que se generalice la acreditación fehaciente tanto del envío como de la recepción de estas comunicaciones.

II. REQUISITOS PARA OSTENTAR UNA PÁGINA WEB CORPORATIVA

1. Competencia

La Ley 25/2011 ya estableció que la página web corporativa por las sociedades no cotizadas es voluntaria y que la competencia para la creación de la misma corresponde a la Junta General, aspectos que mantiene el RDL 9/2012, que para reforzar la importancia del conocimiento por los socios de la existencia de una página web corporativa incluye la obligación de que en la convocatoria de la junta la creación de la página web figure expresamente en el orden del día de la reunión.

Al órgano de administración inicialmente solo se le facultaba para la supresión y traslado de la página web de la sociedad, salvo disposición estatutaria en contrario, si bien el RD 9/2012 aumenta las facultades de dicho órgano también a la modificación de la página web previamente creada (también salvo previsión en contra de los estatutos).

2. Obligación de inscripción

La reforma parcial operada en la LSC por la Ley 25/2011 no establecía imperativamente la necesidad de la inscripción de la página web en el Registro Mercantil, sino que la sociedad podía optar por dicha inscripción o por la notificación individual a todos los socios. El RD 9/2012 por el contrario ha establecido expresamente la obligación de la inscripción resolviendo en nuestra opinión el problema de que interesados en la página web podían ser también los terceros, en particular los acreedores pues determinados derechos, como el de oposición, podrán ejercerlo por la publicidad resultante de la inserción del correspondiente anuncio en la página web de la sociedad.

El acuerdo de creación de la página web deberá ser publicado, con carácter gratuito, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) y, además, hasta dicha publicación las inserciones que realice la sociedad en la página web no tendrán efectos jurídicos.

El acuerdo de modificación, de traslado o de supresión de la página web corporativa también se ha de hacer constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil competente y ha de ser publicado en el BORME, así como en la propia página web que se ha acordado modificar, trasladar o suprimir durante los treinta días siguientes a contar desde la inserción del acuerdo, de tal forma que la consulta recurrente a la página web de la sociedad permita conocer la alteración o eliminación de una página web (5).

3. Obligaciones de la sociedad respecto a la página web

Se añade por el RDL 9/2012 un nuevo art. 11 ter a la LSC, aunque parte de su contenido ya se refería en la anterior redacción del art. 11 bis LSC, pero que establece como nuevo principio que la sociedad garantizará la seguridad de la página web, la autenticidad de los documentos publicados en la misma, así como el acceso gratuito a la misma con posibilidad de descarga e impresión de lo insertado en ella.

Se mantiene el principio de que la carga de la prueba del hecho de la inserción de documentos en la página web y de la fecha en que esa inserción haya tenido lugar corresponderá a la sociedad (antes se decía a los administradores) y el principio relativo a que para acreditar el mantenimiento de lo insertado durante el término exigido por la Ley en la página web será suficiente la declaración de los administradores, que podrá ser desvirtuada por cualquier interesado (concepto más amplio que el de perjudicado referido en la regulación inicial) mediante cualquier prueba admisible en Derecho. Por otro lado, se añade que los administradores tienen el deber de mantener lo insertado en la página web durante el término exigido por la Ley, y responderán solidariamente entre sí y con la sociedad frente a los socios, acreedores, trabajadores y terceros de los perjuicios causados por la interrupción temporal de acceso a esa página, salvo que la interrupción se deba a caso fortuito o de fuerza mayor.

Se establecen reglas para resolver los problemas de interrupción en el acceso a la página web y se distingue entre los anuncios que tengan por objeto la convocatoria de la Junta General y aquellos que deban mantenerse «colgados» por un tiempo determinado (*v. gr.* derecho de oposición). Si la interrupción de acceso fuera superior a dos días consecutivos o cuatro alternos, no podrá celebrarse la junta que hubiera sido convocada para acordar sobre el asunto inserto en esa página, salvo que el total de días de publicación efectiva fuera igual o superior al término exigido por la Ley. Por el contrario, en los casos en los que la Ley exija el mantenimiento de la inserción después de celebrada la Junta General, si se produjera interrupción, deberá prolongarse la inserción por un número de días igual al que el acceso hubiera estado interrumpido.

III. ACTOS JURÍDICOS SUSCEPTIBLES DE PUBLICACIÓN EN LA PÁGINA WEB

1. Convocatoria de Juntas

En primer lugar en materia de convocatoria de Juntas el RDL 13/2010 modificó

el art. 173 LSC para incorporar como novedad para las sociedades de capital que, a falta de previsión estatutaria de un procedimiento de notificación individual y escrita a todos los socios (6), la Junta se debe convocar mediante anuncios pero, manteniendo el del BORME, hace prevalecer como segundo anuncio el que se efectúe en la página web de la sociedad, y solo si no se tiene dicha página se mantiene el anuncio en un diario. Incluso los estatutos podrán prever que la publicación deba realizarse solo en la página web (7), con la consecuente reducción de costes.

2. Uso de la web para publicación de acuerdos societarios

Además en materia de publicación de los anuncios de reducción de capital tanto de Sociedad Anónima (S. A.) como de Sociedad de Responsabilidad Limitada (S. R. L.), se modificaron en el RDL 13/2010 los arts. 319 y 333 LSC para establecer que existiendo página web el anuncio de reducción se publique en la misma, y en su defecto en el diario correspondiente (en las S. R. L. solo si hay previsión estatutaria del derecho de oposición).

El RDL 13/2010 contemplaba, además, que la publicación de las modificaciones en las S. A. del objeto, denominación y domicilio previstas en la redacción original del art. 289 LSC se pudiera efectuar en la página web, si bien dicha previsión quedó sin efecto tras la derogación de dicho artículo por la Ley 25/2011. Lo mismo ha ocurrido con el anuncio del acuerdo de disolución en la S. A. que ha dejado de ser necesario (vid. art. 369 LSC) tras la citada Ley 25/2011 acercando así la regulación de las S. A. y las S. R. L.

3. Extensión a las fusiones y escisiones de las publicaciones en la web

El RDL 9/2012 introduce distintas modificaciones en las operaciones de

fusión y escisión si bien vamos a centrarnos en las novedades relativas a la posibilidad de utilización de la página web corporativa.

El RDL 9/2012 ha ampliado a las operaciones de fusión y escisión la utilización de las páginas web modificando la Ley 3/2009. Si la sociedad tiene página web se evitará el trámite del depósito del proyecto de fusión o escisión en el Registro Mercantil siendo suficiente su publicación en la página web

A) Proyecto de fusión o escisión

El RDL 9/2012 ha ampliado a las operaciones de fusión y escisión la utilización de las páginas web modificando la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales (LME). Si la sociedad tiene página web se evitará el trámite del depósito del proyecto de fusión o escisión en el Registro Mercantil (retrasándose la calificación sobre el proyecto) siendo suficiente su publicación en la página web. No obstante será necesaria la publicación en el BORME, de forma gratuita, de la inserción del proyecto en la referida página web, con indicación de la misma (8). Ambos trámites deberán estar realizados con un mes de antelación a la aprobación de la fusión, salvo que sea aplicable el también modificado art. 42 LME (9) en cuyo caso no será necesario, entre otros aspectos, publicar el proyecto de fusión en la web (sin que ello perjudique en ningún caso los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión).

Se establece además que la inserción del proyecto en la página web se ha de mantener hasta que finalice el plazo del derecho de oposición de los acreedores.

B) Derechos de información

La información que ha de estar a disposición de socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores (art. 39 LME), se establece que se pueda insertar en la página web, con posibilidad de descargarla o imprimirla, evitándose en ese caso la puesta a disposición a dichos colectivos, a los que cuando no existe página web se les concede ahora, además del preexistente derecho de pedir la entrega o envío gratuito de los mismos, el derecho al examen de los documentos en el domicilio social.

En consonancia con lo anterior, en las menciones mínimas de la convocatoria de la Junta se ha de hacer constar si existe página web y, en caso afirmativo, la fecha en la que la información referida en el párrafo anterior fue insertada en la página web.

C) Derecho de oposición

Se introducen importantes novedades en relación al derecho de oposición que, por el momento, no se han hecho extensivas al citado derecho en las operaciones de reducción de capital. No se modifica el art. 43 LME y el anuncio del acuerdo de fusión se debe seguir realizando en el BORME y en un diario, sin posibilitar que este último se pueda realizar en la página web, y siguen teniendo derecho de oposición los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyos créditos fueran anteriores, no vencidos y que no se encuentren suficientemente garantizados (10), pero se refiere ahora expresamente que anteriores y no vencidos son los nacidos o vencidos, según corresponda antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad (sino se tiene página web son los nacidos antes de la fecha del depósito del proyecto en el Registro Mercantil y no de su

publicación como refería la redacción anterior).

Si el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil competente (caso del art. 42 LME acuerdo unánime), la fecha de nacimiento del crédito deberá haber sido anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor. La redacción anterior se refería a los nacidos antes de la publicación del proyecto por lo que se extienden temporalmente (hasta la publicación del acuerdo o comunicación individual al acreedor) los acreedores con derecho de oposición.

D) Fusiones especiales

Finalmente cuando la sociedad absorbente es titular directa del noventa por ciento o más del capital social de la sociedad o de las sociedades objeto de absorción, el art. 51 LME preveía que no era necesaria la aprobación de la fusión por la junta de socios de la sociedad absorbente, siempre que se hubiera publicado, con la antelación legalmente prevista, el proyecto en el BORME o en un diario. El RDL 9/2012 lo modifica para contemplar que si se tiene página web será suficiente para ello con que se hubiera publicado en la misma el proyecto por cada una de las sociedades participantes en la operación.

En dicho anuncio debe constar el derecho a examinar en el domicilio social determinados documentos (11), pero el derecho a obtener el envío gratuito se excluye cuando se hubieran publicado en la página web.

También el RDL 9/2012 introduce en el art. 51 LME el derecho de los acreedores de la sociedad absorbente a oponerse a la fusión en el plazo de un mes desde la publicación del proyecto en los términos establecidos en la LME, que podrá ser, en su caso, en la página web corporativa. ■

NOTAS

(1) La normativa se completaba con la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre y por la Circular 1/2004 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (vid. MORENO CAMPOS, I. y DUARTE ATOCHE, T. «La divulgación de la información económico-financiera en las páginas web de las sociedades cotizadas», Rev. Partida Doble, num. 175, marzo 2006, págs. 76-92.

(2) Anticipando la entrada en vigor de las propuestas de simplificación y abaratamiento de costes del Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES), que dio lugar a la LES (Ley 2/2011, de 4 de marzo).

(3) Con anterioridad al RD 9/2012 véase el estudio sobre las web corporativas

de ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «La web corporativa y otras modificaciones al régimen general de las sociedades de capital en la Ley 25/2011, de 1 de agosto», Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 56, diciembre 2001, págs. 13 a 33.

(4) Se trasponen las Directivas 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2005/56/CE.

(5) Se prevé, no obstante, que los estatutos sociales puedan exigir que, antes de que se inscriban en el Registro Mercantil estos acuerdos se notifiquen individualmente a cada uno de los socios.

(6) Previsión estatutaria que se hizo extensiva a las S. A. (salvo que ésta tuviera acciones al portador) ya que hasta entonces solo era aplicable a la S. R. L.

(7) La Ley 25/2011 eliminó la posibilidad de que los estatutos contemplen solo la publicación en un diario.

(8) De hecho la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver sobre la fusión o la comunicación individual de ese anuncio a los socios no podrá realizarse antes de la publicación de la inserción o del depósito del proyecto en el BORME.

(9) El nuevo art. 42 LME matiza ahora como requisito que el acuerdo de fusión se apruebe en junta universal por unanimidad y por todas las sociedades participantes, y ya no exonera, entre otros aspectos, de los requisitos del proyecto y del balance de fusión.

(10) De forma novedosa se introduce en la LME que si la fusión se hubiera llevado a efecto pese al ejercicio del derecho de oposición por algún acreedor sin garantizarle éste podrá solicitar del Registro Mercantil anotación marginal del ejercicio del derecho de oposición, si lo acredita debidamente. Nota que se cancelará de oficio a los seis meses salvo anotación preventiva de la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Mercantil solicitando la prestación de garantía del pago del crédito.

(11) Se han incluido algunas modificaciones en el art. 51.1 LME respecto a los referidos documentos remitiéndolos a su tenor literal.



Tribuna

Un cambio radical del actual modelo de Registro Civil

LA LEY 5969/2012

Un cambio radical del actual modelo de Registro Civil

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

Francisco BENITO ALONSO
Magistrado

La nueva Ley del Registro Civil, cuya plena entrada en vigor se producirá el 22 de julio de 2014, desjudicializa la tarea registral, configurando el Registro Civil como una base de datos única (registro electrónico) que implica la supresión del Registro físicamente articulado en Libros custodiados en Oficinas de toda España.

1. La Ley 20/2011, de 21 de julio, opta por un cambio radical del modelo de Registro Civil de 1957, a pesar de la calidad técnica de la norma aún vigente y de su capacidad de adaptación.

La Constitución de 1978 sitúa a las personas y a sus derechos —dice el Preámbulo— en el centro de la acción pública, de forma que el reconocimiento de la dignidad y la igualdad de la persona ha supuesto un progresivo abandono de construcciones jurídicas pasadas que configuraban el estado civil a partir del estado social, el sexo, la religión, la filiación o el matrimonio. Un Registro Civil coherente con la Constitución —añade— ha de asumir que las personas, iguales en dignidad y derechos, son su única razón de ser, en su doble condición subjetiva y objetiva.

La nueva Ley sustituye el anterior modelo territorial por otro totalmente distinto que prioriza el historial del individuo, lo libera de cargas administrativas y equilibra el derecho a la intimidad con la publicidad registral. Se suprime el tradicional sistema de división del Registro Civil en Secciones, creándose un registro individual para cada persona, a la que se le asigna un código personal desde la primera inscripción.

La Ley incorpora tanto la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

La desjudicialización de la tarea registral y la nueva forma de gestión del Registro Civil impone la derogación del art. 86 LOPJ, que encomienda el Registro Civil a los Jueces de Primera Instancia y, por delegación, a los de Paz (modificando el art. 100.1 de dicha Ley Orgánica). La nueva redacción del art. 2.2 LOPJ omite, en consecuencia, la referencia al Registro Civil como función encomendada a los Juzgados y Tribunales. Congruentemente, se derogan los núm. 1 y 2 del art. 27 de la Ley 38/1998, de 28 de diciembre, de Planta y Demarcación Judicial, referente a las plazas y Órganos encargados del Registro Civil.

Las disps. trans. 8.ª y 10.ª de la Ley 20/2011 regulan el destino de los actuales encargados y Secretarios judiciales de los Registros Civiles Exclusivos (y de los propios Órganos) y del Registro Civil Central, así como el propio del personal funcionario de la Administración de Justicia que los sirve. Comoquiera que, en el nuevo modelo, los encargados del Registro Civil pasan a ser también (además de funcionarios administrativos) los Secretarios judiciales, se prevé que éstos pasen a la situación de servicios especiales en tal caso (art. 445.1 LOPJ).

La complejidad de la nueva Ley y el cambio radical respecto al modelo anterior son la razón del amplio plazo de *vacatio legis* (disp. final 10.ª) que se fija en tres años, para así permitir la puesta en marcha progresiva del nuevo modelo

y evitar disfunciones en el tratamiento de la información registral y la implementación de la nueva estructura organizativa (Preámbulo).

Aunque se deroga la Ley de 8 de junio de 1957, seguirá no obstante siendo aplicada hasta que quede extinguido el complejo régimen transitorio previsto en la nueva Ley. Se prevé un régimen de incorporación progresiva de los registros individuales y se mantienen temporalmente los efectos legales al Libro de Familia, del que la nueva Ley prescinde por carecer de sentido en el sistema que se instaura.

La Ley 20/2011 está pendiente del desarrollo reglamentario que contempla la disp. final 9.ª y, dentro de los mencionados tres años de *vacatio*, el Ministerio de Justicia deberá adoptar las medidas y cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles dentro del proceso de modernización de la Justicia (disp. final 10.ª, párrafo 2.º), sin perjuicio de las competencias propias de las Comunidades Autónomas (ejecutivas).

Ha entrado en vigor, no obstante, la disp. adic. 7.ª, para la puesta a disposición de los datos de identificación del código personal que la Ley exige. Y asimismo está vigente la reforma del art. 30 CC sobre el momento y condiciones de adquisición de la personalidad.

La entrada en vigor de la Ley se producirá el día 22 de julio de 2014.

2. La Ley diseña un Registro Civil único para toda España, informatizado y accesible electrónicamente. Es un registro público, dependiente del Ministerio de Justicia a través de la DGRN.

El Registro Civil se configura como una base de datos única que permite compaginar la unidad de la información con la gestión territorializada y la universalidad en el acceso. Tal como dice el Preámbulo, se trata de un salto conceptual que implica la superación del registro físicamente articulado en Libros custodiados en Oficinas distribuidas por toda España, lo cual obliga a un replanteamiento de toda la estructura organizativa a fin de eximir al ciudadano de la carga de tener que acudir presencialmente a las Oficinas registrales. Estos postulados están recogidos en los arts. 2 al 8 de la Ley, básicamente.

El contenido del Registro está, así, integrado por el conjunto de «registros individuales» de las personas físicas, de suerte que cada persona tendrá un registro individual en el que constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias, el

cual se abrirá con la inscripción de nacimiento (o con el primer asiento que se practique), inscribiéndose o anotándose allí continuada, sucesiva y cronológicamente todos los hechos y actos que tengan acceso al Registro Civil.

A cada registro individual se le asignará un código personal con la secuencia alfanumérica que atribuya el sistema informático para el DNI (art. 6 y disp. adic. 7.ª, ésta ya en vigor).

El Registro Civil es, como digo, electrónico y los datos allí recogidos serán objeto de tratamiento automatizado y se integrarán en una base de datos única, competencia del Ministerio de Justicia, con las medidas de seguridad establecidas en la normativa de protección de datos de carácter personal.

Por decirlo en palabras del Preámbulo: la Ley concibe el Registro Civil como un registro electrónico, en el que se practican asientos informáticos, que organiza la publicidad y da fe de los hechos y actos del estado civil, e incorpora el uso de nuevas tecnologías y de la firma electrónica, mediante la cual los encargados de las Oficinas practicarán los asientos y las certificaciones; y los ciudadanos podrán acceder a los servicios del Registro Civil (art. 7).

Las Oficinas del Registro Civil se comunicarán entre sí a través de medios electrónicos; y de ese mismo modo, todas las Administraciones y funcionarios públicos tendrán acceso a los datos del Registro Civil único, con las excepciones relativas a los datos especialmente protegidos.

Las solicitudes de inscripción y la práctica de éstas se podrán efectuar en cualquiera de las Oficinas Generales del Registro Civil, con independencia del lugar en que se produzcan los hechos o actos inscribibles. Los ciudadanos podrán solicitar el acceso a la información registral en cualquiera de las Oficinas Generales o Consulares, o por medios electrónicos (art. 10).

Los arts. 13 a 19 recogen y definen los principios de funcionamiento del Registro Civil:

El principio de legalidad, conforme al cual los encargados comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretenda, mediante el control de legalidad que regulan los arts. 30 a 32.

El principio de oficialidad, según el cual los encargados deberán practicar la inscripción correspondiente cuando tengan en su poder los títulos necesarios; y las personas públicas y privadas quedan obligadas a promover la inscrip-



ción facilitando los datos e información precisa.

El principio de publicidad, puesto que el Registro Civil es público. Los ciudadanos tienen libre acceso a los datos que figuren en su registro individual; y las Administraciones y funcionarios públicos también, para el desempeño de sus funciones. Los instrumentos de publicidad se regulan en los arts. 80 a 82 de la Ley.

El principio de exactitud o concordancia entre los datos inscritos y la realidad extraregistrada. Se presume que los hechos inscritos existen y los actos son válidos y exactos en tanto el correspondiente asiento no sea rectificado o cancelado legalmente.

Los arts. 17 y 18 establecen el principio de la eficacia de las inscripciones registrales (art. 39 de la Ley): a) probatoria: la inscripción constituye prueba plena de los hechos inscritos; b) constitutiva, en los casos que la Ley establece.

La presunción de integridad (art. 19.1) y el principio de inoponibilidad frente a terceros de los hechos no inscritos cierran el Título II de la Ley.

La estructura organizativa del nuevo Registro Civil electrónico es muy distinta de la anterior y mucho más sencilla.

El Registro se organiza en tres Oficinas: Central, Generales y Consulares. El Título III de la Ley las dota de funciones y competencias propias, haciéndolas depender de la DGRN (Ministerio de Justicia), Centro superior directivo, consultivo y cuyas funciones recoge el art. 26.

Se contempla la existencia de una Oficina General por cada Comunidad Autónoma o Ciudad Autónoma y otra más por cada 500.000 habitantes; a cuyo frente está el encargado con funciones de recepción de declaraciones y solicitudes; tramitación y resolución de Expedientes; práctica de inscripciones; y expedición de certificaciones.

La unidad de actuación del sistema se garantiza mediante: a) el carácter vinculante de las instrucciones, resoluciones y circulares de la DGRN; b) el sistema de recursos ante dicha Dirección General.

Los encargados podrán delegar determinadas funciones en el personal al servicio de la Oficina.

Los ciudadanos podrán presentar la solicitud y la documentación requerida ante cualquier Oficina del Registro Civil o remitirla electrónicamente. También, ante los Juzgados de Paz (disp. adic. 5.ª), y en los Ayuntamientos.

3. El régimen de la **publicidad** del Registro Civil se articula a partir de dos instrumentos: la certificación electrónica y el acceso de la Administración a la información registral en el ejercicio de sus competencias, que es el instrumento preferente, de suerte que solo excepcionalmente el ciudadano deberá presentar certificaciones (Preámbulo), únicamente exigibles cuando los datos no obren en poder de la Administración.

El art. 80 establece las formas de publicidad: a) mediante el repetido acceso de las Administraciones y funcionarios públicos a los datos que consten en el Registro; b) mediante las certificaciones a cargo de los encargados de las Oficinas, que las expedirán por medios electrónicos. Las certificaciones, que se presumen exactas y constituyen prueba plena, podrán ser literales, en extracto o negativas (art. 82).

La disp. trans. 5.ª sujeta al régimen de la LRC de 1957 la publicidad formal del Registro Civil no digitalizado; y la disp. trans. 3.ª determina que, tras la vigencia de la Ley, no se expedirán ya más Libros de Familia, sin perjuicio de los efectos que les son propios de los expedidos con anterioridad.

Por otra parte, el carácter electrónico del Registro Civil no altera la garantía de privacidad de los datos allí contenidos (derecho a la intimidad). Los datos

protegidos solo pertenecen a su titular o sus representantes legales (art. 84).

Son datos especialmente protegidos: la filiación adoptiva y la desconocida; los cambios de apellidos de las víctimas de violencia de género y otros cambios de identidad legalmente autorizados; la rectificación de sexo; las causas de privación o suspensión de la patria potestad; y el matrimonio secreto (art. 83).

El art. 4 de la Ley enumera los **hechos y actos inscribibles**, por referirse a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona (se listan quince) que el Título VI agrupa en inscripciones de nacimiento; relativas al matrimonio; de defunción; y otras inscripciones.

Respecto de la inscripción de nacimiento se mantienen los criterios generales y se prevé la remisión de los datos del nacido por los responsables de los centros sanitarios. A cada nacido se le abre un registro individual con asignación del código personal. En cuanto al nombre y apellidos, se configuran como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad, incorporándose a la inscripción de nacimiento (Preámbulo). La Ley prescinde de la tradicional prevalencia del apellido paterno, permitiendo a los progenitores decidir el orden de los apellidos (art. 49). En cuanto a la filiación, se elimina toda referencia a la no matrimonial, que se equipara totalmente a la matrimonial. El derecho al nombre se regula en el art. 50 y, como en el caso del orden de los apellidos, será el encargado quien impondrá al nacido un nombre de uso corriente si, apercibidos por tres días, los obligados a su fijación no lo señalan. Se agiliza, en fin, el procedimiento de cambio de nombres y apellidos, competencia del encargado.

La tramitación del expediente matrimonial se atribuye al Secretario del Ayuntamiento y se rige supletoriamente por la Ley 30/1992, finalizando con una resolución de aquel Secretario, autorizando o denegando la celebración del matrimonio. Contra la denegación, que habrá de ser motivada, cabe recurso ante el encargado del Registro y posterior ante la DGRN. La celebración del matrimonio se efectúa ante el Alcalde o Concejales delegados, conforme al Código Civil, extendiéndose el acta correspondiente, que se inscribe en el registro individual de los contrayentes. Junto a la inscripción de matrimonio, se *inscribirá* el régimen económico-matrimonial. Finalmente, son objeto de inscripción la nulidad, separación u el divorcio decretados por sentencia firme. No se altera la comunicación al Registro Civil de los matrimonios celebrados en forma religiosa.

La inscripción de defunción es obligatoria y se practica en virtud de declaración documentada, de forma inmediata (art. 33.1) tras lo cual se expedirá Licencia de enterramiento o incineración. El art. 67 contempla los supuestos especiales de cadáver desaparecido o ya inhumado; y los indicios de muerte violenta con diligencias judiciales.

En el Capítulo de Otras inscripciones se contemplan hasta diez, destacando las relativas a la nacionalidad y vecindad civil; patria potestad y sus modificaciones; modificación judicial de la capacidad y nombramiento de cargos tutelares; tutela automática (art. 48); patrimonios protegidos de las personas con discapacidad; autotutela y poderes preventivos.

La competencia para efectuar los asientos se atribuye al encargado de la Oficina correspondiente, quien practicará los asientos que procedan de oficio o dictará resolución denegatoria en el plazo de cinco días. Todos los asientos se extenderán en soporte y formato electrónico, ajustándose a los modelos aprobados por la DGRN, pudiendo practicarse en cualquiera de las lenguas oficiales del lugar.

Las clases de asientos son: inscripciones; anotaciones registrales (determinadas en el art. 40); y cancelaciones. La Ley establece los *sujetos* obligados a promover la inscripción y los obligados a comunicar los hechos y actos inscribibles (arts. 42-43).

Los documentos auténticos para practicar las inscripciones pueden ser originales o testimonios, judiciales, administrativos, notariales o registrales. Todos ellos constituyen título suficiente y pueden presentarse en cualquier soporte, incluido el electrónico. También el documento extranjero constituye título suficiente si reúne los requisitos exigidos en los arts. 96 y 97 de la Ley.

Las declaraciones conforme a las cuales hayan de practicarse los asientos se consignarán en actas firmadas o mediante formulario oficial, comprendiendo su verificación tanto la capacidad como la identidad del declarante (art. 29) y quedarán debidamente registradas (art. 32).

El control de legalidad sobre las *solicitudes y declaraciones* verificará la identidad y capacidad de los solicitantes y declarantes y, en su caso, comprobará la autenticidad de la firma (art. 31).

El control de legalidad de los *documentos*, que solo tendrán que aportarse por los obligados cuando los datos incorporados a ellos no constaren en el Registro Civil, deberá versar sobre la legalidad de las formas extrínsecas del

documento, la validez de los actos y la realidad de los hechos contenidos en aquél. Si se trata de *sentencias y resoluciones judiciales*, la calificación recaerá sobre la competencia y clase de procedimiento seguido, formalidades extrínsecas y asientos del propio Registro.

Si el encargado tuviere *dudas* fundadas sobre la legalidad de los documentos, sobre la veracidad de los hechos o sobre la exactitud de las declaraciones, realizará las *comprobaciones* oportunas antes de extender la inscripción, en el plazo de diez días. Si, como resultado de la verificación, el encargado constata una *contradicción esencial* entre el Registro y la realidad, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y lo advertirá a los interesados (art. 30).

4. Como ha quedado apuntado más arriba, la llevanza del Registro Civil se asume por funcionarios públicos ajenos al Poder Judicial, de suerte que —al decir del Preámbulo— la aplicación al Registro Civil de técnicas organizativas y de gestión de naturaleza administrativa permitirá una mayor uniformidad de criterios y una tramitación más ágil y eficiente de los distintos Expedientes, *deslindándose con claridad las tradicionales funciones gubernativas y judiciales*, que aparecen entremezcladas en la Ley de 1957. Se pretende, así, prestar un servicio público de mayor calidad, sin perjuicio de la garantía judicial de los derechos de los ciudadanos.

El Título IX de la Ley regula la tramitación de los procedimientos registrales con arreglo a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, encomendando su tramitación y resolución a los encargados del Registro Civil de la Oficina del lugar donde se pretenda efectuar el asiento, como regla general. El silencio administrativo será negativo. Se otorga legitimación activa al Ministerio Fiscal también.

La Ley regula específicamente los procedimientos de rectificación de los asientos y las declaraciones con valor de simple presunción:

a) Los primeros se rectifican por resolución judicial, salvo los que la Ley autoriza a través del procedimiento registral, a tramitar ante la Oficina que hubiese practicado el asiento afectado: menciones erróneas de datos; errores procedentes de los documentos; divergencias entre éstos y la inscripción. La rectificación registral relativa al nombre y sexo en caso de disforia de género tendrá efecto constitutivo.

b) Mediante procedimiento registral puede declararse con valor de simple

presunción: que no ha ocurrido un hecho determinado; la nacionalidad y vecindad civil que no conste en el Registro Civil; el domicilio de los apátridas; la existencia de los hechos que por fuerza mayor no puedan acceder al Registro; el matrimonio celebrado que no pueda inscribirse.

Estas declaraciones tienen la consideración de una presunción legal *iuris tantum* y su anotación es obligatoria, debiendo precisar la fecha a la que se refieren. El testimonio que se expida expresará siempre su valor de simple presunción.

Los arts. 52 a 57 de la Ley establecen un procedimiento ágil para el cambio de nombre y apellidos, atribuido a la competencia del encargado del Registro, como regla general.

5. La gestión de naturaleza administrativa del Registro Civil lo es sin perjuicio de la tutela judicial efectiva, puesto que todos los actos del Registro Civil quedan sujetos a control judicial.

Puesto que la materia a la que el funcionamiento del Registro Civil se refiere es el estado civil de las personas y, en ciertos aspectos, el Derecho de Familia, la **jurisdicción competente** es la civil, salvo la relativa a la solicitud de nacionalidad por residencia, que queda sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 25.5 CC), cuyos Expedientes se tramitarán ante los Órganos de la Administración que determine el Gobierno (disp. adic. 3.^ª).

Contra las decisiones adoptadas por los encargados de todas las Oficinas del Registro Civil cabe **recurso gubernativo** ante la DGRN en el plazo de un mes, conforme a la Ley 30/1992. La Dirección General deberá resolver en el plazo de seis meses y, si no lo hiciere, se entenderá desestimada la pretensión.

Las resoluciones y actos de la DGRN podrán ser impugnados ante el Juzgado de Primera Instancia de la capital de Provincia del domicilio del recurrente, a cuyo efecto se añade una nueva regla de *competencia* en el art. 52 LEC (disp. final 4.^ª) y se establece el *procedimiento* al efecto, mediante la introducción del art. 781 bis LEC, procedimiento cuya tramitación es muy semejante al recurso contencioso-administrativo (abreviado). En estos procesos se habrá de emplazar a la DGRN y, si ésta es la que lo interpone contra las decisiones del encargado por ser las mismas contrarias a la doctrina del Centro Directivo, se emplazará a los interesados. ■

Tribunal Supremo

la sentenciadeldía

TS Sala Primera, de lo Civil, S 28 Mar. 2012

Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio.

LA LEY 35390/2012

Validez de la venta de la totalidad de la cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la dogmática de la venta de cosa ajena

RESUMEN DEL FALLO:

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda sobre declaración de validez de un contrato privado de compraventa de una parte indivisa de varias fincas y declaración de inexistencia de un segundo contrato de compraventa de la totalidad de las fincas a un tercero, y nulidad de la escritura pública de dicho contrato. La AP Valencia revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandada, anula en parte la sentencia recurrida y estima parcialmente la demanda declarando: a) no ha lugar a declarar la inexistencia del segundo contrato de compraventa, b) que dicha compraventa carece de trascendencia real, pero produce efectos obligacionales entre las partes, c) no ha lugar a declarar la nulidad de la escritura pública relativa a dicha compraventa, y d) se mantiene la orden de cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad que traen causa en dicha compraventa.

sumario

COMUNIDAD DE BIENES.—Venta de la cosa común por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás.—Aplicación de la dogmática de la venta de cosa ajena.—Validez del contrato con efectos obligacionales pero sin trascendencia real.

La jurisprudencia viene declarando la nulidad de la venta de la cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás. Sin embargo, no rechaza aplicar la dogmática de la venta de cosa ajena, admitiendo la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones, en aquellos casos en los que «todos tienen interés en la decisión», dado que no se conviene la transmisión de la cosa por quien figura con poder de disposición sobre ella, sino que únicamente se impone a quien figura como vendedor la obligación de procurar su transmisión, bien porque se expresa así en el contrato, bien porque se deduce esta interpretación del hecho de que las partes tienen conocimiento de la no pertenencia al comunero que vende de la totalidad de la cosa vendida, de tal suerte que el derecho de los restantes comuneros no resulta afectado, ni viciado el consentimiento de quien cree contratar con quien dispone de la cosa en su totalidad, cuando solo tiene poder de disposición sobre una cuota indivisa. En suma, la nulidad de la venta de la cosa común —efectuada por uno de los comuneros sin el consentimiento de los demás— tiene como presupuesto la actuación del vendedor que dispone de la cosa como dueño único o atribuyéndose indebidamente la representación de los demás comuneros, supuesto en el que, por una parte, falta el consentimiento de los restantes condóminos —que, si se diera validez al título, podrían verse despojados de sus cuotas en vir-

tud de una tradición instrumental—y, por otra, no cabe escindir el contrato en perjuicio del comprador para obligarle a adquirir solo una participación indivisa cuando la venta se produce por la totalidad. Por tanto, la doctrina general sobre nulidad de la compraventa en el supuesto de enajenación por uno de los condóminos, sin el consentimiento de los demás, de la totalidad de la cosa objeto del condominio sufre una excepción cuando, atendiendo al objeto del contrato y a la intención de los contratantes, procede la aplicación de la dogmática de la compraventa de cosa ajena.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. El demandante -como comprador- suscribió un contrato privado de compraventa con una sociedad mercantil, el 30 de julio de 1996, por el que adquiría una octava parte indivisa de 34 fincas.

2. Antes de que esta compraventa se elevara a escritura pública, la sociedad vendedora celebró un contrato de compraventa con otra sociedad mercantil, el 9 de enero de 2004, por el que esta última adquiría la totalidad de las 34 fincas. Esta compraventa se elevó a escritura pública y se constituyó una hipoteca sobre las fincas adquiridas.

3. El demandante, -como comprador de una octava parte indivisa de las 34 fincas- interpuso demanda contra la sociedad vendedora, contra la sociedad compradora de la totalidad de las 34 fincas y contra el banco a cuyo favor se había constituido la hipoteca sobre las fincas y solicitó: 1) que se reconozca la validez del contrato privado de compraventa de 31 de julio de 1996; 2) que se declare la propiedad indivisa del demandante sobre una octava parte de las fincas según lo pactado en el contrato privado de compraventa de 31 de julio de 1996; 3) que se declare que la propiedad indivisa de las 34 fincas corresponde al demandante y a la entidad vendedora demandada; 4) que se declare la inexistencia de la compraventa a que se contrae el documento privado de 9 de enero de 2004 o la nulidad, dado que la vendedora, como condómino, no tenía facultades para transmitir el pleno dominio de las fincas; 5) que se declare la nulidad de la escritura pública de venta de la totalidad de las fincas; 6) que se declare la nulidad y la cancelación de las inscripciones registrales que traen causa en la misma.

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Declaró, en síntesis, que: (i) la teoría del título y el modo es aplicable en materia de comunidad de bienes y es necesaria la tradición para adquirir la propiedad (ii) el demandante no ha consumado la compra de una octava parte indivisa de las fincas, la compraventa quedó perfeccionada pero no consumada, existe título pero no va seguido de la tradición (iii) la pasividad del actor en orden a otorgar escritura pública y la falta de realización de actos de dominio llevan a concluir que no fue una venta sino un acuerdo dirigido a la obtención de un beneficio con la posterior venta de las fincas, lo que no implica la nulidad del contrato, si bien entendido como venta, sino como acuerdo de participación (v) en consecuencia, se desestiman las pretensiones 2 y 3 de la demanda (vi) sobre la petición de nulidad del contrato de 9 de enero de 2004, en la medida en que no se adquirió la propiedad por el demandante, no ha nacido la acción real a su favor; en consecuencia no hay nulidad del contrato, pues la vendedora seguía teniendo el pleno dominio de las fincas transmitidas.

5. Contra la sentencia de primera instancia se interpuso recurso de apelación por el demandante.

6. La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación y estimó la demanda. Declaró, en síntesis, que: (i) el contrato de 30 de julio de 1996 es un contrato de compraventa (ii) la necesidad de tradición para transmitir la propiedad carece de aplicación cuando se trata de la creación de una copropiedad sobre un bien sobre el que se constituyen cuotas ideales que solo se materializan en caso de indivisión (iii) no se puede sostener que por el hecho de no haber otorgado escritura no se haya llegado a adquirir la propiedad, pues por el contrato privado de compraventa el adquirente se ha integrado en la comunidad y el requisito de forma no afecta a la validez de estos contratos (iv) en consecuencia era necesario el consentimiento del actor para transmitir la totalidad de las fincas (v) la venta carece de existencia, ya que el demandante no dio su consentimiento (vi) aunque la segunda compraventa esté inscrita en el Registro el contrato no está sanado, pues el adquirente no ha obrado con buena fe, ya que conocía la existencia de la venta de la octava parte indivisa efectuada al demandante.

7. Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se ha interpuesto recurso de casación por la representación de la entidad demandada que adquirió la totalidad de las fincas, que ha sido admitido.

8. La entidad recurrente ha desistido del motivo primero de casación formulado en el escrito de interposición.

9. En el trámite de impugnación del recurso, el demandante, parte recurrida, ha manifestado que se allana al motivo segundo de casación formulado en el escrito de interposición.

10. Por providencia, esta Sala ha acordado tener por desistida del motivo primero de casación a la entidad recurrente, sin declarar la firmeza de la sentencia impugnada al mantenerse el recurso en cuanto al motivo segundo de casación y, en cuanto al allanamiento manifestado por el recurrido, estar a lo acordado.

SEGUNDO.- La pretensión del recurso de casación.

Del escrito de interposición del recurso de casación, afectado por el desistimiento parcial efectuado por la recurrente, que se ha apartado del sostenimiento del motivo primero, resulta que la pretensión impugnativa del recurso se contrae a los pronunciamientos de la sentencia impugnada contenidos en el apartado 2, puntos D y E, del fallo, en los que se declara la inexistencia de la compraventa efectuada en el documento privado de 9 de enero de 2004, por el que Nova Eliana, S. L. transmitió la totalidad de 34 fincas a la entidad Covival, S. L., y la nulidad de la escritura pública de compraventa de 12 de marzo de 2004, y se ordena la cancelación de las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad. No se pone en cuestión la validez de la compraventa celebrada el 30 de julio de 1996, por la que adquirió una octava parte indivisa de las 34 fincas, a la que se refería el primer motivo del recurso.

La pretensión del recurso, dirigida a la revocación de aquellos pronunciamientos, no se ve afectada por las manifestaciones hechas por la parte recurrida en el escrito de oposición al recurso de casación sobre su consentimiento en la realización de la compraventa que la sentencia de apelación declara nula. En efecto, el consentimiento que manifiesta la parte recurrida tiene carácter parcial, pues se refiere solo a la venta de las siete octavas partes de las fincas, pero no a la octava parte indivisa que con anterioridad había recibido, y por ello es irrelevante y en nada cambia los términos de la controversia. Según dispone el artículo 399 CC, el condueño puede enajenar su cuota en la cosa común -cuando no se trata de un derecho personalísimo- sin necesidad del consentimiento de los demás condueños. De manera que la sociedad vendedora podía disponer de su cuota de propiedad integrada por las siete octavas partes de las fincas, sin que la eficacia y perfección de esta enajenación esté condicionada a la aceptación de los demás condueños. La enajenación en estas condiciones solo determina, como dice la STS de 9 de mayo de 1995, la posibilidad de los demás titulares de ejercitar los derechos de tanteo o retracto si les interesa.

TERCERO.- Enunciación del motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción, por aplicación indebida, del artículo 1300 CC, en relación con los artículos 1261, 1262, 1445 y 1450 CC.»

Se alega, en síntesis, que, si el demandante había adquirido la propiedad indivisa de una octava parte de las fincas, el contrato privado de 9 de enero de 2004 -en el que la recurrente adquirió la totalidad de las fincas- no puede ser inexistente ni nulo por el hecho de no haberlo consentido el demandante, ya que dicho contrato es una venta de cosa parcialmente ajena, y la compraventa de cosa ajena es un contrato válido aunque no produzca la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, por lo que con mayor razón ha de ser válida la venta de cosa parcialmente ajena.

El motivo debe ser estimado.

CUARTO.- Validez del contrato privado de 9 de enero de 2004.

A) La cuestión jurídica que se plantea en el motivo consiste en determinar si el contrato privado de 9 de enero de 2004, en el que se vendieron las fincas que constituyen cosa común en situación de *pro indiviso* por uno de los comuneros, es válido y eficaz. La sentencia impugnada ha declarado que la compraventa es nula, dado que al no haberse efectuado la división de la cosa común y permanecer indivisa, al

comunero que no intervino en la compraventa le corresponde la propiedad sobre toda la cosa indivisa, por lo que para su venta era necesario el consentimiento de todos los comuneros. La recurrente sostiene que la compraventa es válida porque es un caso de venta de cosa parcialmente ajena.

B) La jurisprudencia de esta Sala viene declarando la nulidad de la venta de la cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás. Han sido distintas las razones en las cuales se ha fundado esta nulidad, aunque todas ellas convergen en un razonamiento idéntico. En algunos casos se ha entendido que la nulidad de la compraventa deriva de la carencia de objeto, el cual, en el contrato de compraventa, está integrado no solo por la cosa, sino también por los derechos que radican sobre ella y son objeto de transmisión (SSTS de 28 de diciembre de 1932, 31 de enero de 1963, 20 de octubre de 1954). En otros casos, la nulidad se ha fundado en que la creencia común de comprador y vendedor de que la cosa es propia de este determina la existencia de un error en el consentimiento (SSTS de 11 de abril de 1912, 26 de junio de 1924, 8 de marzo de 1929, 7 de abril de 1971, 15 de octubre de 1973, 15 de febrero de 1977, 6 de julio de 1992). La más reciente jurisprudencia parte para la justificación de esta nulidad de la aplicación de los artículos 327 y 1261 CC y considera que la disposición de la cosa común por uno de los comuneros comporta una alteración en ella que requiere el consentimiento de los demás (SSTS 19 de diciembre de 1985, 8 de julio de 1988, 25 de mayo de 1990, 23 de octubre de 1990, 30 de junio de 1993, 24 de julio de 1998, 13 de noviembre de 2001, 9 de octubre de 2008).

La jurisprudencia, sin embargo, no rechaza aplicar la dogmática de la venta de cosa ajena, admitiendo la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones (STS de 14 de octubre de 1991, RC n.º 2233/1989, 3 de febrero de 2009, RC n.º 1440/2003), en aquellos casos en los que «todos tienen interés en la decisión», dado que no se conviene la transmisión de la cosa por quien figura con poder de disposición sobre ella, sino que únicamente se impone a quien figura como vendedor la obligación de procurar su transmisión, bien porque se expresa así en el contrato, bien porque se deduce esta interpretación del hecho de que las partes tienen conocimiento de la no-pertenencia al comunero que vende de la totalidad de la cosa vendida (STS de 31 de enero de 1994), de tal suerte que el derecho de los restantes comuneros no resulta afectado, ni viciado el consentimiento de quien cree contratar con quien dispone de la cosa en su totalidad, cuando solo tiene poder de disposición sobre una cuota indivisa. En suma, como declara la STS, de 3 de febrero de 2009, RC n.º 1440/2003, la nulidad de la venta de la cosa común -efectuada por uno de los comuneros sin el consentimiento de los demás- tiene como presupuesto la actuación del vendedor que dispone de la cosa como dueño único o atribuyéndose indebidamente la representación de los demás comuneros, supuesto en el que, por una parte, falta el consentimiento de los restantes condóminos (que, si se diera validez al título, podrían verse despojados de sus cuotas en virtud de una tradición instrumental) y, por otra, no cabe escindir el contrato en perjuicio del comprador para obligarle a adquirir solo una participación indivisa cuando la venta se produce por la totalidad.

La doctrina general sobre nulidad de la compraventa en el supuesto de enajenación por uno de los condóminos, sin el consentimiento de los demás, de la totalidad de la cosa objeto del condominio sufre, pues, una excepción cuando, atendiendo al objeto del contrato y a la intención de los contratantes, procede la aplicación de la dogmática de la compraventa de cosa ajena. La apreciación de esta excepción está subordinada, como se deduce de la jurisprudencia recogida, al estudio de las circunstancias del caso y a la consiguiente interpretación del contrato celebrado.

En el caso examinado en este proceso la sentencia de apelación objeto de recurso declara que quienes intervinieron en el contrato de compraventa controvertido conocían la previa adquisición por el demandante, en régimen de condominio, de una octava parte de lo que estaba siendo transmitido y este hecho no puede ser alterado en el recurso de casación. Aun así, contribuye a corroborar su relevancia para la interpretación del contrato el hecho de que la parte recurrente haya desistido del primer motivo de casación (cosa que lleva consigo la implícita aceptación de la validez del contrato inicialmente celebrado en el que se enajenó en favor del demandante la octava parte de las fincas controvertidas) y que la parte recurrida haya formulado un titulado «allanamiento» al segundo motivo de casación, contribuyendo a poner de manifiesto que su interés no reclama la anulación del segundo contrato en cuanto no se oponga al reconocimiento de su derecho al condominio de la octava parte de las expresadas fincas.

En consecuencia, concurren en este asunto las circunstancias que determinan, frente al efecto más radical de la nulidad, la procedencia de aceptar el carácter puramente consensual y generador de obligaciones en que se basa el criterio juris-

prudencial que declara la validez de la venta de cosa ajena (STS de 7 de marzo de 1997, RC n.º 307/1993), con los efectos a que dé lugar, pues no impide el ejercicio de acciones reivindicatorias, de indemnización, de resolución o de saneamiento por quienes se vean afectados.

En este punto debe ser estimado el recurso y modificada la sentencia recurrida.

No podemos aceptar, sin embargo, la eficacia real de la compraventa celebrada. La declaración de la inexistencia de estos efectos, que debemos pronunciar en acogimiento parcial de la pretensión formulada en la demanda, lleva consigo la procedencia de cancelar las inscripciones registrales que tienen como presupuesto aquella eficacia real, las cuales se han proyectado sobre la integridad de las fincas objeto de la compraventa incorporando al Registro de la Propiedad una realidad incompatible con la validez de la primera transmisión de una octava parte indivisa.

En este punto, pues, debe ser confirmada la sentencia recurrida.

QUINTO.- Estimación de recurso y costas.

La estimación del motivo planteado comporta la estimación del recurso de casación con las siguientes consecuencias:

1. Procede anular el apartado A, estimando en su lugar parcialmente la demanda, y confirmar íntegramente el apartado B del fallo, que no ha sido objeto del recurso, dado el desistimiento del primer motivo de casación.

2. Deben anularse y dejarse sin efecto los pronunciamientos de la sentencia recurrida contenidos en el apartado 2, puntos D y E, inciso primero, del fallo, y declararse que la compraventa controvertida carece de trascendencia real, pero produce efectos obligacionales entre las partes.

No procede, por el contrario, anular el apartado 2, punto E, inciso segundo, puesto que la falta de efectos reales de la compraventa realizada lleva consigo la anulación de las inscripciones registrales sobre transmisión del dominio operadas como consecuencia de la inscripción del título.

3. En su lugar, procede acordar que:

i) No ha lugar a declarar la inexistencia de la compraventa a que se contrae el documento privado de 9 de enero de 2004 ni su nulidad y sí a declarar que dicha compraventa carece de trascendencia real, pero produce efectos obligacionales entre las partes.

ii) No ha lugar a declarar la nulidad de la escritura pública de 12 de marzo de 2004 relativa a dicha compraventa, con la limitación que se acaba de exponer

iii) Se mantienen los pronunciamientos de la sentencia impugnada sobre la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad que traen causa en dicha compraventa.

4. Lo resuelto implica la estimación parcial del recurso de apelación y la estimación parcial de la demanda, con las siguientes consecuencias en materia de imposición de costas:

i) Debe dejarse sin efecto el pronunciamiento contenido en el apartado 2, punto F) de la sentencia impugnada, y declarar que no procede hacer expresa imposición de las costas de primera instancia por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.2 LEC

ii) Debe confirmarse el pronunciamiento contenido en el apartado 3 de la sentencia impugnada, por el que no hace expresa condena en las costas de la apelación.

5. No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

FALLAMOS

1. Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Covival, S. L. contra la sentencia de 20 de febrero de 2007, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.ª, en el rollo de apelación n.º 877/2006 cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»1. Estimamos el recurso interpuesto por D. Andrés .

»2. Revocamos la sentencia impugnada y en su lugar:

»A) Estimamos la demanda interpuesta por D. Andrés contra Nova Eliana S.L., contra Covival S.L. y contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

»B) Declaramos la plena validez del contrato privado de compraventa suscrito con Nova Eliana S.L en fecha 31 de Julio de 1996.

»C) Declaramos que la propiedad indivisa y sometida al régimen de comunidad ordinaria recae sobre todas las fincas contenidas en dicho contrato.

»D) Declaramos la inexistencia de la compraventa a que se contrae el documento privado de 9 de enero de 2004 por el que Nova Eliana, S.L. como simple condómino de las 34 fincas carecía de facultades de transmitir el pleno dominio de las fincas.

»E) Declaramos la nulidad de la escritura pública de compraventa de 12 de marzo de 2004 ordenando la cancelación de las inscripciones registrales realizadas al amparo de dicho documento público.

»F) Imponemos las costas a los codemandados.

»3. No hacemos expresa condena en costas en esta alzada».

2. Se anulan y dejan sin efecto los pronunciamientos de la sentencia recurrida contenidos en el apartado 2, puntos A, D, E y F del fallo.

3. En su lugar, se acuerda:

i) Se estima parcialmente la demanda.

ii) No ha lugar a declarar la inexistencia de la compraventa a que se contrae el documento privado de 9 de enero de 2004 ni su nulidad. Se declara que dicha compraventa carece de trascendencia real, pero produce efectos obligaciones entre las partes.

iii) No ha lugar a declarar la nulidad de la escritura pública de 12 de marzo de 2004 relativa a dicha compraventa, con subordinación al pronunciamiento anterior.

iv) Se mantiene la orden de cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad que traen causa en dicha compraventa.

v) No se hace expresa imposición de las costas de primera instancia.

vi) No se hace expresa imposición de las costas de apelación, confirmando el pronunciamiento en este sentido de la sentencia recurrida.

4. Se declara la firmeza de la sentencia recurrida en cuanto al pronunciamiento contenido en el apartado 2, punto B.

5. No se hace expresa imposición de las costas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesus Corbal Fernandez Francisco Marin Castan. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Encarnacion Roca Trias. Francisco Javier Arroyo Fiestas Roman Garcia Varela. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico. ■

Tribunal Supremo

TS Sala Segunda, de lo Penal, S 20 Mar. 2012

Ponente: Sánchez Melgar, Julián.

LA LEY 35404/2012

Taxista que, ante el temor de impago por una cliente del importe de la carrera, la retiene y la impide apearse del vehículo, conduciendo de forma temeraria

RESUMEN DEL FALLO:

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP Madrid que condenó por un delito de detención ilegal y por un delito contra la seguridad del tráfico apreciando la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, casa y revoca su fallo, en el único sentido de apreciar el subtipo atenuando de detención ilegal, imponiendo al acusado la pena mínima dentro de las posibilidades que el art. 163.2 CP ofrece, es decir, la de prisión de dos años.

DISPOSICIONES APLICADAS:

Arts. 21.6, 163.2, 172, 380 y 381 CP 1995 (LA LEY 3996/1995).

sumario

DETENCIÓN ILEGAL.—Taxista que retiene a una cliente en su taxi impidiéndole bajar, y conduciendo temerariamente, a velocidad excesiva y sin respetar las normas de circulación.—Apreciación del subtipo atenuado por ser la duración de los hechos de unos 20 minutos.

En el caso, la «questio facti» pone de relieve una disputa que surge entre un taxista y su cliente, con motivo de pedirle ésta que le esperase un momento para realizar una rápida gestión, y tras regresar tal cliente, le dice que a unos 50 metros hay un cajero automático, indicándole que pare para que pueda sacar dinero, y a partir de ahí el taxista reacciona de forma violenta, acelera su vehículo, invade el carril contrario, no respeta los semáforos —mientras la pasajera le pedía que se detuviera para bajarse—, continuando la marcha a gran velocidad, momento en que abrió la portezuela trasera con objeto de apearse en cuanto hubiera oportunidad, continuando circulando 17 minutos por diferentes calles de la zona con una de las puertas traseras abiertas, y finalmente, ante una detención, pudo salir del taxi y solicitar ayuda a unos ciudadanos que por allí se encontraban. Pues bien, a juicio de la Sala, atendido el relato fáctico, el mismo resulta incardinable en el art. 163.2 CP 1995 y no en el núm. 1, como efectúa la Audiencia Provincial. En algunas ocasiones excepcionales es posible afirmar que la voluntad del autor respecto a la detención ilegal no contemplaba en ningún caso una prolongación superior a las setenta y dos horas, ni su acción venía guiada por la obtención de propósito alguno distinto de la propia privación de libertad. En efecto, la mecánica comisiva de los hechos pone bien a las claras que el autor en ningún caso pretendía privar de libertad a la pasajera del taxi durante tres días, pues en todo caso la detención no hubiera durado un lapso temporal tan apreciable; esto es evidente. Y siendo ello así, deviene necesariamente aplicable el apartado 2º del art. 163 CP. La imposición de la pena respecto del caso concreto ha de responder a las exigencias que el principio de legalidad comporta. Pero a su vez la legalidad implica la directa relación del principio con la proporcionalidad y la tipicidad. Se trata del juicio de ponderación que al amparo de la ley, a los jueces corresponde para relacionar la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la comunicación penal, en atención a la importancia del delito, a la intensidad del mal causado y a la probabilidad que su autor pueda merecer.

Dirección General de los Registros y del Notariado

DGRN R 14 Feb. 2012

LA LEY 17260/2012

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

No puede inscribirse en el Registro Mercantil el nombramiento del presidente de RTVE por el consejo de administración sin su previa designación por el Congreso de los Diputados

RESUMEN DEL FALLO:

La DGRN estima parcialmente el recurso planteado contra la negativa del registrador mercantil a la inscripción del nombramiento de presidente de la sociedad «Corporación de Radio y Televisión Española, S.A.».

DISPOSICIONES APLICADAS:

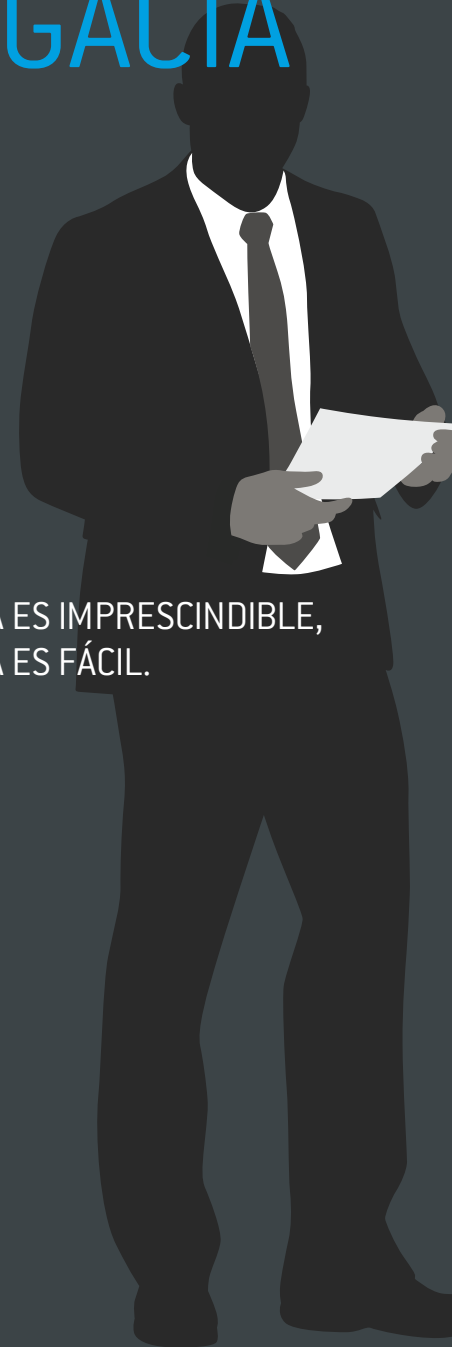
Art. 11 RRM 1996 (LA LEY 2747/1996); arts. 171, 222 y 245.2 TRLS (LA LEY 14030/2010); art. 326.2 LH (LA LEY 3/1946); arts. 6, 9, 11, 12.1.3 y 17 Disp. trans. 4 L 17/2006 de 5 Jun. (radio y televisión de titularidad estatal) (LA LEY 5573/2006).

sumario

CORPORACIÓN RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA.—Nombramiento por el consejo de administración de un consejero como presidente del mismo.—No obsta a su inscripción en el Registro Mercantil el que haya una vacante en el consejo.—Tal circunstancia no debe impedir ni su válido funcionamiento ni la inscripción de los acuerdos que adopte.

El primer obstáculo que, a juicio del registrador, se opone a la inscripción del nuevo presidente de la Corporación Radio y Televisión Española S.A.U. hace referencia a que el consejo ha de estar compuesto por 12 consejeros, y se apoya en el art. 11 RRM 1996. Pero este precepto, que regula el principio de tracto sucesivo dentro del Registro Mercantil, contiene tres apartados, de los que hay dos que no pueden ser aplicables, el primero y el tercero, quedando sólo como de posible aplicación el segundo, que exige para modificar un acto otorgado con anterioridad, la previa inscripción de dicho acto. Ahora bien, el acuerdo del consejo nombrando presidente no tiene por objeto modificar acto alguno previo de la sociedad, sino subvenir, de forma provisional e interina, a la falta de presidente provocada por la renuncia del anteriormente nombrado. Y no puede obstaculizar el nombramiento de un cargo del consejo el que éste, por circunstancias sobrevenidas, no esté compuesto por el número que fijan los estatutos de la sociedad. El hecho de que el consejo deba estar compuesto por 12 miembros y haya una vacante en el mismo, no debe impedir ni su válido funcionamiento, ni la posible inscripción de los acuerdos que el mismo adopte. Cualquier otra solución llevaría a la conclusión de que la renuncia, fallecimiento o incapacitación sobrevenida de un consejero paralizaría la vida de la sociedad haciendo inoperante el consejo con las consecuencias negativas que ello implica. Por tanto, la renuncia de un miembro del consejo no debe paralizar ni impedir la continuidad y funcionamiento del propio consejo. Tal conclusión se ve reforzada por la especial naturaleza y características del singular régimen legal a que está sometida la Corporación, y, en concreto, su órgano de administración. Previsoriamente, el art. 12 L 17/2006 de 5 Jun. (radio y televisión de titularidad estatal) dispone la continuidad de los consejeros que vayan cumpliendo su mandato hasta que

PLAN PARA LA FORMACIÓN CONTINUA DE LA ABOGACÍA



ESTAR AL DÍA ES IMPRESCINDIBLE,
ESTAR AL DÍA ES FÁCIL.

Un Plan del:



Consejo General
de la Abogacía Española

En colaboración con:





sean nombrados los nuevos, y ello en clara sintonía con el art. 222 TRLSC que dispone también la continuidad de los administradores, caducado su cargo, hasta que se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior.

Tampoco impide la inscripción el que varios consejeros tengan el cargo caducado por transcurso de su plazo de duración.—Por disposición legal continuarán en sus funciones hasta que sean nombrados los nuevos consejeros.

El segundo defecto que opone el registrador a la inscripción del nuevo presidente del consejo de administración de la Corporación Radio y Televisión Española, S.A.U. plantea la caducidad del nombramiento de una serie de consejeros y la falta de previa inscripción de la reelección de éstos. El problema está relacionado con el sistema de renovación parcial de consejeros que establece el art. 12.3 L 17/2006 de 5 Jun. (radio y televisión de titularidad estatal), al prever que «el Consejo de Administración se renovará parcialmente por mitades, cada tres años», y que trata de facilitar la disp. trans. 4.ª disponiendo que «el primer mandato de la mitad de los consejeros durará tres años» y que «en la primera sesión del Consejo de Administración se determinará por sorteo qué consejeros cesarán transcurrido el plazo de tres años desde su nombramiento». La ratio legis del sistema de renovación parcial del consejo se conecta con la conveniencia, en caso de duración limitada de los consejeros, de evitar el cese simultáneo y automático de la totalidad del consejo. Ahora bien, esta renovación parcial no quiere decir que los consejeros señalados para cesar en la primera parte de su mandato lo hagan automáticamente una vez cumplido su plazo de duración. Se opone el art. 12.1 L 17/2006 al disponer que «agotado el mandato, los consejeros

salientes continuarán en sus funciones hasta el nombramiento de los nuevos». Esta norma de continuidad del mandato se contempla para la causa de cese consistente en la expiración del término del mandato, que es la que parece concurrir en el caso de los consejeros con cargo caducado. Esta solución, además, se desprende del principio de conservación de la empresa en cuya virtud en caso de caducidad de consejeros sin que conste que hayan sido renovados debe estimarse que existe una prórroga tácita de los mismos, al menos a los efectos de tomar decisiones que impidan la paralización de la sociedad y sobre todo de poder convocar junta general con la finalidad de reconstituir el órgano de administración. Y este criterio, confirmado por el art. 171 TRLSC, debe aplicarse en el caso. Es decir, dado que las Cortes Generales no han procedido a la renovación parcial del consejo, todos sus consejeros cuyo mandato ha expirado «continuarán en sus funciones hasta el nombramiento de los nuevos», sin que de tal norma se deriven particulares limitaciones funcionales a los consejeros así prorrogados. Procede, por tanto, revocar el defecto.

Sí se opone a la inscripción la ausencia de la preceptiva y previa designación del Congreso de los Diputados.

A la vista de los arts. 11 y 17 L 17/2006 de 5 Jun. (radio y televisión de titularidad estatal) —según los cuales los 12 miembros del consejo de administración de la Corporación Radio y Televisión Española, S.A.U. son elegidos por las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados designa, de entre los 12 consejeros electos, al presidente del consejo, y finalmente, el consejo de administración nombra como presidente al consejero designado para tal cargo por el Congreso—, de su finalidad de garantizar el control parlamentario de la actividad de la Corporación en consideración a la trascendencia social de los servicios públicos de información, y de la ausencia de otras excepciones que la prevista respecto del momento constitutivo de la Corporación, incluida en el régimen transitorio de la Ley, y la prevalencia de las especialidades señaladas en ésta sobre el régimen común de la legislación mercantil sobre las sociedades anónimas —arts. 6 y 9 L 17/2006—, no puede aceptarse la interpretación del notario que recurre frente a la negativa del registrador a inscribir la escritura por la que el consejo de administración de la Corporación nombra a su presidente, en el sentido de que, ante la renuncia del anterior, pueda proveerse al nombramiento de uno nuevo por acuerdo mayoritario del propio consejo, de forma autónoma y sin que preceda la preceptiva y previa designación por el Congreso de los Diputados, ni siquiera aunque se pretenda limitar temporalmente la vigencia de dicho nombramiento y dotarle de un carácter provisional o interino, y ello con el argumento de que la vinculación del consejo de administración a la persona del presidente elegido por el Congreso sólo existe si tal designación se ha producido, entendiéndose que en caso contrario ningún obstáculo debe existir para que, ocurrida la dimisión del consejero-presidente, sea el propio consejo el que, dadas las muy importantes funciones que se concentran en dicha figura, adopte las medidas necesarias, en los términos del art. 245.2 TRLSC, que con las limitaciones establecidas en los estatutos y en la ley, le permite regular su propio funcionamiento, pues entre tales limitaciones legales figuran las ya expresadas impuestas por la L 17/2006, con su exigencia de previa designación por el Congreso de los Diputados. ■

PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez

C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)
Tel.: 91 602 00 08. Ext.: 10233
e-mail: nbascones@laley.wke.es

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)

Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: diariolaley@laley.es

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: María José Hierro Romero

EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Yolanda Ballesteros García-Asenjo, Gemma Bruno García, Pilar Muñoz Méndo, Sonsoles Navarro Salvador

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY

DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González

EQUIPO DE DESARROLLO: Emérita Cerro Durán, Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Diana Gómez Fernández, Gloria Lalanda Marcos, Julián Maillo Arnaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Julià

PRODUCCIÓN GRÁFICA: Eva Arroyo Fraiz, M.ª Antonia Castedo Cotrina, Gloria Lozano Serradilla, Diana Moya Rodríguez, Silvia Mulet París, Laura Usera Macías

Impreso por Wolters Kluwer España, S.A.

© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).