

# REVISTA JURÍDICA

n.º 51 • 2017

REGIÓN de MURCIA

Fundación Mariano Ruiz Funes



Revista Jurídica  
Región de Murcia  
N.º 51 2017

## **PATRONATO DE LA FUNDACIÓN MARIANO RUIZ FUNES**

### **PRESIDENTE**

Excmo. Sr. D. Pedro Antonio Sánchez López, Presidente de la CARM

### **VICEPRESIDENTES**

Excma. Sra. D<sup>a</sup>. María Dolores Pagán Arce, Consejera de Presidencia

Excmo. Sr. D. Francisco Martínez-Escribano, Decano del Colegio de Abogados de Murcia

Ilmo. Sr. D. David Lorenzo Morillas Fernández, Decano de la Facultad de Derecho de la UMU

### **VOCALES**

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Robles Mateo, Secretaria General de la Consejería de Presidencia

Ilmo. Sr. D. Francisco Ferrer Meroño, Director de los Servicios Jurídicos CARM

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Helena Rivera Tortosa, Secretaria del Colegio de Abogados de Murcia

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Daniela Rubio Riera, Bibliotecaria de ICAMUR

Doctora D<sup>a</sup> María Ángeles Sánchez Jiménez, Directora de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Murcia

Doctor D. Guillermo Rodríguez Iniesta, Director de la Escuela de Relaciones Laborales de la Universidad de Murcia

### **DIRECTOR DE LA FUNDACIÓN**

D. Pedro Luis Salazar Quereda. Abogado

### **SECRETARIA**

D<sup>a</sup> Ana Calvo López, Técnica Consultora de la Consejería de Presidencia

### **Consejo de Redacción:**

Don Andrés Arnaldos Cascales

Don Ángel Hernández Martín

Don Aurelio Llanes Castaño

Don Faustino Cavas Martínez

Don Francisco Carrillo Vinader

Don Francisco Coronado Fernández

Don Francisco Martínez-Escribano Gómez

Don Jaime Peris Riera

Don Joaquín Ataz López

Don Jorge López Fernández

Don Carmen Caturla Carratalá

Don Manuel Campos Sánchez

Don Maximiliano Castillo González

Don Miguel Pardo Domínguez

Don Pedro Salazar Quereda

Doña Ángeles Sánchez Jiménez

Doña Ascensión Martín Sánchez

Doña Encarnación Serna Meroño

Doña Pilar Alonso Saura

Doña Teresa García Calvo

**Edita:** Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

C/. La Gloria, 25 b

Teléfono 968 22 26 66

20003 Murcia

ISSN: 0213-4799

Depósito legal: MU-329-1985

Producción: O. A. Boletín Oficial de la Región de Murcia

Primer Semestre 2017

# Sumario

## EDITORIAL

FELIPE ORTEGA EN LA MEMORIA.

*María Dolores Pagán Arce*

## PERFIL HUMANO

EN RECUERDO DE FELIPE ORTEGA. UNA PERSONA QUE VIVIÓ Y MURIÓ DIGNAMENTE

*Pascual Ortuño Muñoz, Jesús Rentero Jover, Maximiliano Castillo González*

FELIPE ORTEGA UNIVERSITARIO

*María Ángeles Sánchez Jiménez, Encarnación Serna Meroño*

## DOCTRINAL

“LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL”

*José Antonio Cobacho Gómez*

“ABUSO DE LA FIGURA DEL CONCURSO CON UN SOLO ACREEDOR”

*Andrés Arnaldos Cascales, María Guevara Cárcelos*

“CONSIDERACIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON LA RELEVANCIA DEL SILENCIO EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL”.

*María Pilar Alonso Saura*

EL ACTUAL MODELO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS EXIGENCIAS LEGALES

*Encarna Serna Meroño*

## **CRITERIOS DE CALIDAD. LATINDEX**

### **CARACTERÍSTICAS BÁSICAS (PRERREQUISITOS PARA EVALUAR LA REVISTA)**

1. Mención del cuerpo editorial: se debe mencionar la existencia de un consejo editorial, de redacción o responsable científico.
2. Contenido científico para calificar positivamente al menos el 40% de los documentos publicados en los fascículos a evaluar, estará constituido por: a) artículos originales; b) artículos técnicos; c) comunicaciones en congresos; d) cartas al director o artículos breves) artículos de revisión, estados del arte, etc.) .
3. Antigüedad mínima de un año; para ser analizada una publicación deberá haber comenzado a editarse al menos 12 meses antes del momento de hacer el análisis.
4. Identificación de los autores. Los trabajos deben estar firmados por los autores con nombre y apellidos o declaración de autor institucional.
5. Lugar de edición: Deben hacerse constar en lugar visible el lugar de edición de la revista.
6. Entidad editora: Debe hacerse constar en lugar visible la entidad o institución editora de la publicación
7. Mención del Director: en la revista deberá constar el nombre del director de la publicación.
8. Mención de la dirección de la revista: Deberá aportarse en lugar visible la dirección postal o de correo electrónico de la administración de la revista a efectos de solicitud de suscripciones, canje, etc.

### **PARÁMETROS RELATIVOS A LA PRESENTACIÓN DE LAS REVISTAS**

9. Páginas de presentación (Cubierta/portada) : Deberán incluir título completo, ISSN, volumen, número, fecha y membrete bibliográfico.

10. Mención de periodicidad: Es condición inexcusable que la revista exprese o mencione su periodicidad o, en su defecto, el número de fascículos que edita al año.
11. Tabla de contenido: Califica positivamente cuando existe en cada fascículo tabla de contenido, índice o sumario en los que consten los datos del título, autor y al menos página inicial.
12. Membrete bibliográfico al inicio del artículo: Califica positivamente si el membrete bibliográfico aparece al inicio de cada artículo e identifica la fuente.
13. Membrete bibliográfico en cada página: Califica positivamente si el membrete que identifica la fuente aparece en cada página de los artículos publicados.
14. Miembros del Comité Editorial o Consejo de Redacción: Califica positivamente si aparecen los nombres de los miembros del Comité Editorial o Consejo de Redacción de la Revista.
15. Afiliación institucional de los miembros del Comité editorial o Consejo de Redacción: Califica positivamente si se proporcionan los nombres de las instituciones a las que están adscritos los miembros del Comité editorial (a no confundir con el Consejo Asesor o Comité Científico, cuyos miembros también deberán ir acompañados de sus lugares de trabajo) . No basta que se indique solo el país.
16. Afiliación de los autores: Deberá proporcionarse al menos el nombre de la institución de trabajo del autor o autores de cada artículo. Esta información podrá encontrarse tanto al principio como al final de cada artículo, así como en las “listas de colaboradores” o “información sobre los autores” que aparecen entre las primeras o entre las últimas páginas de cada fascículo.

## **PARÁMETROS RELATIVOS A LA GESTIÓN Y LA POLÍTICA EDITORIAL**

17. Fecha de recepción y aceptación de originales: Califica positivamente solo si se indican ambas fechas.
18. ISSN: Califica positivamente la existencia de código ISSN.
19. Definición de la revista: Califica positivamente si en la revista se menciona el objetivo, cobertura temática y/o público al que va dirigida.
20. Sistemas de arbitraje: en la revista deberá constar el procedimiento empleado para la selección de los artículos a publicar.
21. Evaluadores externos: Califica positivamente si el sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos a la entidad o institución editora de la revista.
22. Autores externos: Califica positivamente si al menos el 50% de los trabajos publicados provienen de autores externos a la entidad editora de la revista. En el caso de revistas editadas por asociaciones se considerarán autores pertenecientes a la entidad editora los que formen parte de la directiva de la asociación o figuren en el equipo de la revista.

23. Apertura editorial: Califica positivamente si al menos una tercera parte del Comité editorial o Consejo de Redacción es ajena a la entidad editora de la revista.
24. Servicios de información: Califica positivamente si la revista está incluida en algún servicio de indización, resúmenes, directorios o bases de datos. Este campo califica positivamente tanto si la base de datos es mencionada por la propia revista, como si lo agrega el calificador (a partir de la búsqueda hecha para tal fin) .
25. Cumplimiento de la periodicidad: Califica positivamente si la revista edita al año el número de fascículos correspondientes con la periodicidad expresada.

## **PARÁMETROS RELATIVOS A LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTENIDOS**

26. Contenido original: Califica positivamente si al menos el 40% de los artículos son trabajos de investigación, comunicación científica o creación originales.
27. Instrucciones a los autores: Califica positivamente si aparecen las instrucciones a los autores sobre el envío de originales y resúmenes en cada fascículo.
28. Elaboración de las referencias bibliográficas: En las instrucciones a los autores deberán indicarse las normas de elaboración de las referencias bibliográficas para calificar positivamente.
29. Exigencia de originalidad: Califica positivamente si en la presentación de la revista o en las instrucciones a los autores se menciona esta exigencia para los trabajos sometidos a publicación.
30. Resumen: Califica positivamente si todos los artículos van acompañados de un resumen en el idioma original del trabajo.
31. Resumen en dos idiomas: Califica positivamente si se incluyen resúmenes en el idioma original del trabajo y en un segundo idioma.
32. Palabras clave: Califica positivamente si se incluyen palabras clave en el idioma original del trabajo.
33. Palabras clave en dos idiomas: Califica positivamente si se incluyen palabras clave en el idioma original del artículo y en otro idioma.

RESH. Evaluación de Revistas de Ciencias Sociales y Humanidades Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas: Valoración integrada e índice de citas CSIC Ministerio de Ciencia e Innovación.

# Editorial





## **FELIPE ORTEGA EN LA MEMORIA**



La Revista Jurídica de la Región de Murcia, que alcanza su número 51, ha contado en todas y cada una de sus ediciones anteriores con la diestra, entusiasta y rigurosa dirección de Felipe Ortega. Y es ahora, al iniciarse la segunda cincuentena de esta publicación, nacida en 1985 del acuerdo entre la Comunidad Autónoma y el Colegio de Abogados de Murcia, cuando aparece el primer número que no cuenta con la activa participación de quien fue durante tres décadas su director, tristemente desaparecido en junio del pasado año.

Sin embargo, Felipe Ortega está presente en cada una de las páginas, en cada uno de los trabajos que componen este número, en el ánimo de cada articulista y de quienes forman parte del Consejo de Dirección. Porque Felipe Ortega fue el alma y el espíritu de la Revista Jurídica en los días de entusiasmo y en los de decaimiento, cuando hubo más posibilidades y cuando se decidió seguir editando pese a las estrecheces.

Por eso, la Revista Jurídica debe en buena medida su pervivencia a lo largo de todo este tiempo al empeño y al esfuerzo de su director, y el mejor homenaje a su memoria es preservar su obra, darle continuidad, enriquecerla y engrandecerla. Pero la figura del recordado Felipe Ortega, trasciende con mucho el ámbito de esta publicación, y debe ser entendido en un marco mucho más amplio.

En primer término, en el de la Fundación Mariano Ruiz-Funes, en cuya génesis su aportación resultó determinante. Felipe Ortega, como hombre versado en leyes y comprometido con su profesión, detectó la necesidad de recopilar y publicar las sentencias de los juzgados y tribunales de la Comunidad Autónoma, y persiguió la idea de dar forma a una entidad que se ocupara de aquella labor.

Fue así como se gestó la Fundación, que reunió a la Comunidad Autónoma, a la Universidad de Murcia y al Colegio de Abogados de la capital en torno a ese fin. Y así fue cómo la publicación de la Revista Jurídica pasó a convertirse en uno de sus fines y Felipe Ortega en su director.

A lo largo de esos 25 años que la Fundación cumplió y celebró el pasado año, sirvió de eje vertebrador a las acciones que se fueron desarrollando y de engarce entre los sucesivos representantes de los patronos, aportando no sólo su conocimiento del Derecho, sino su perfecto dominio de las estructuras y del funcionamiento del organismo, así como su fluida relación con las tres instituciones que ejercen el patronazgo.

Felipe Ortega estuvo en su puesto de principio a fin, fue siempre fiel al cumplimiento de los fines propuestos y maniobró, dentro de los márgenes que le permitió la disponibilidad presupuestaria, para que la Fundación Ruiz-Funes fuera impulsora del fomento y divulgación del estudio del Derecho. Y lo hizo incluso en los momentos de mayor incertidumbre, apostando siempre con firmeza por mantener con vida aquello que era, en buena medida, su criatura.

Esa perseverancia suya nos ha permitido tomar el relevo en tiempos en que el viento vuelve a ser favorable y hacer realidad algo que Felipe Ortega tuvo siempre por cierto: que la Fundación, impelida por sus patronos, puede ser herramienta efectiva para hacer más cercano el Derecho a la sociedad.

Convencidos de ello, hemos puesto manos a la obra y estamos ilusionados con la respuesta que hemos encontrado a las actividades acometidas a lo largo del primer trimestre de este curso 2016-2017, encaminadas a hacer más asequible el mundo jurídico a la ciudadanía; a dar respuesta eficaz, desde el punto de vista del Derecho, a aspectos de la vida cotidiana que requieren de una respuesta rigurosa y, a la vez, comprensible.

Sacar a la calle este nuevo número de la Revista Jurídica de la Región de Murcia y multiplicar el número de actividades de la Fundación es nuestro el mejor homenaje que podemos tributar a quien tanto hizo por ellas. Porque quien pasó por la vida -como se escribió en uno de los obituarios que se le dedicó- sembrando afectos y risas, también sembró dedicación, sabiduría y amor a su profesión y al mundo del Derecho. Y esa siembra merece dar fruto abundante.

MARÍA DOLORES PAGÁN ARCE

Consejera de Presidencia

Perfil humano



## **EN RECUERDO DE FELIPE ORTEGA. UNA PERSONA QUE VIVIÓ Y MURIÓ DIGNAMENTE**

*Pascual Ortuño Muñoz*

*Jesús Rentero Jover*

*Maximiliano Castillo González*

### **ENSAYO DE UNA SEMBLANZA APÓCRIFA**

Es un reto para mí acometer una tarea de la que hubiera preferido no tener que hacerla nunca. Es doloroso escribir sobre un amigo tan querido como fue Felipe para mí. Con Jesús Rentero y Maximiliano Castillo asumí el compromiso de recordar algunos momentos de la vida que compartimos con él para que sus nietos, cuando sean mayores, sepan que su abuelo, que los quiso mucho, fue una persona entrañable, querida y comprometida con la vida. Fue un hombre de su tiempo y también una persona controvertida. Estas memorias, que pretenden reflejar su personalidad en el espejo desde el que yo lo he conocido, puede que en algún momento no sean del todo agradables con algunas personas. Traspasar el umbral de la intimidad es arriesgado y probablemente no sea políticamente correcto, pero así es como los amigos veíamos a su abuelo, un tanto provocador, a veces hiriente por su voluntad de ser sincero y partidario siempre de no esconderse de nada ni de nadie. Sus hijos lo conocían bien, se preció de ser su amigo y de no disimularles sus defectos ni sus flaquezas. Por eso escribiré pensando al hacerlo en cómo a él le gustaría que llegara su historia a sus nietos. Empezaré por el final.

Cuando me despedí la última vez de Felipe nos dimos un fuerte abrazo. Estaba especialmente sensible y cariñoso. Fue quince días antes de que le operaran y sentí una sensación especial. Me agradeció la jornada campera en Yecla visitando la ganadería y las bodegas de un amigo donde habíamos comido, bebido y cantado las canciones de nuestra juventud. Especialmente Felipe había disfrutado con sus nietos, con su hija Elvira que nos había acompañado y con algunos de sus amigos del alma, como nos solía llamar. Estaban, cómo no, Maxi y Jesús Rentero. También nos acompañaban José Antonio Cobacho, Jose Illán, su yerno Fernando, Maite y su tocayo, mi hermano Felipe que, en presencia del primero, pasaba a ser “el segundo”.

La cercanía de una intervención quirúrgica le preocupaba hasta el punto de repetirme, como tantas veces hacía “entre bromas y alegrías” que, aunque estaba escrito que yo me moriría antes que él, si le pasaba algo no me olvidara del encargo que me había hecho en su testamento. Felipe era supersticioso. Cambiaba de ruta si se le cruzaba un gato negro desde la izquierda o si había un andamio sobre la acera. Había visto algo en la línea central de su mano derecha que no le acababa de gustar. Era un gran echador de cartas, pero nunca quiso que le leyeran el futuro a él, ni tampoco que le hicieran su carta astral. Precisamente él que inundó Murcia de horóscopos y predicciones.

Escribía Carlos Fuentes que para las culturas precolombinas de Centroamérica la muerte de un amigo, de una persona querida, es un aviso a nuestro propio corazón para que nos vayamos haciendo a la idea de que más temprano que tarde, pero siempre pronto, tampoco nosotros estaremos aquí. Es la ley de la vida más inexorable frente a la que no caben insumisiones ni privilegios. “Cómo se pasa la vida, cómo se viene la muerte tan callando”.

Me encuentro entre los muchos amigos que él ha tenido y ha cultivado -lo que no es habitual en los tiempos que corren- que hemos tenido la oportunidad de recorrer juntos algunas etapas del camino de la vida. A veces han sido tristes, amargas, como las de los desamores, las enfermedades, las pérdidas de amigos como Enrique Carbonell o Paco “el Bullero”. Otras veces han sido alegres y divertidas como la peregrinación a Santiago de Compostela siguiendo a un gran amor, en vez a una estrella, o el encuentro místico de Sant Cugat del Vallés donde intentó trabar algo más que amistad con una monja joven y revolucionaria. A veces ha sido en empresas políticas como la campaña contra la entrada de España en la OTAN, el “no a la guerra” o la más reciente del apoyo al movimiento al 15-M. Otras muchas veces -allí nos conocimos- intentando modernizar la justicia desde la asociación de abogados jóvenes, la junta de gobierno del colegio de abogados de Murcia, la asociación crítica del derecho o el movimiento “La Justicia Tiene Solución” junto a Manuela Carmena, Mohedano o Martín Pallín (a quiénes trajimos a Murcia para impulsar el movimiento pro derechos humanos) o junto a nuestro querido fiscal jefe Manolo López Bernal, el primer presidente del TSJ murciano Paco Muñoz y el infatigable decano Ricardo Martínez Moya, allá en los años ochenta del pasado siglo. Hace ya muchos años, cuando José Antonio Torres era su compañero inseparable.

Felipe fue un personaje peculiar en medio de la mediocridad que instalada en una sociedad manipulada, alienada y abducida por el consumo y el individualismo insolidario. Los medios de comunicación de masas, las modas en las lecturas o en la música, la televisión, el bipartidismo instalado en la gestión de la política y, en definitiva, la globalización construida en base a la libre circulación del dinero, están difuminando la diversidad en las personas y en los pueblos. Las ciudades son todas iguales: los mismos centros comerciales, el mismo estilo en los edificios funcionales, en los escaparates, en las estaciones de tren y en los aeropuertos. Esta uniformidad también se reproduce en las tipologías personales que tienden al gregarismo y a la homogeneidad en los comportamientos, en la forma de vestir, de veranear (o eso me parece a mí). Felipe, por el contrario, tuvo siempre una personalidad propia, irrepetible, imprevisible y “muy suya”. Con muchas contradicciones, a veces incongruentes con su forma de comportarse, y con hábitos o costumbres que no siempre agradaban a quienes convivían con él pero que, desde luego, lo identificaban plenamente como ser singular. Quiénes le co-

nocimos coincidimos en que fue todo un personaje que construyó un estilo de ser, de actuar y de relacionarse con los demás que era inconfundible.

Sin duda alguna el peso de la tradición familiar fue un factor determinante. Tener un padre y un abuelo reconocidos en la historiografía e incluso en el callejero local imprime carácter. De ellos -presumía- había aprendido el arte de “caciquear” que es un estilo heredado de los entramados gremiales de la Murcia provinciana de la “Restauración”, de los equilibrios entre los nuevos ricos surgidos del “movimiento nacional” y la burguesía rentista de la “Huerta de Europa”, y de los “cabildos” de la cultura de las cofradías pasionarias tan arraigada en la idiosincrasia de nuestra región. Contra esta herencia recibida se rebeló no dudando en escandalizar a la burguesía a la que pertenecía desde la columna periodística que durante algunos años le prestaron generosamente en “La Opinión” y de la que, finalmente, le expulsaron de igual forma que lo habían hecho de la cofradía de Nuestro Padre Jesús, de la que se dio de baja cuando fue reprobado públicamente por pretender salir alumbrando en la procesión después de haberse divorciado.

No obstante la persona que más le influyó en su forma de ser, sentir y amar fue su madre. Había sido el hijo pequeño y el preferido, y supo infundirle una gran fuerza espiritual y una gran seguridad en sí mismo. El imaginario femenino en Felipe estuvo marcado por aquella mujer excepcional que le transmitió unos sólidos valores éticos, entre otros el de la sinceridad y la aversión a la hipocresía, y le inculcó las aficiones literarias y artísticas de las que tanto disfrutó en su vida pero que, probablemente, al mismo tiempo fue un factor que le impidió alcanzar la plenitud en sus relaciones de pareja puesto que siempre anheló una utopía irrealizable. Ciertamente tuvo la suerte de encontrar en su camino a mujeres a las que siempre amó apasionadamente y con las que disfrutó de la felicidad de la pareja. A cinco de ellas mencionó en su testamento vital, aun cuando omitió identificarlas posiblemente por miedo a olvidarse de alguna. Felipe perseguía la utopía que a todo Edipo impide consolidar relaciones de pareja imperecederas. Sencillamente porque es un sueño imposible, aun cuando alcanzó un objetivo por el que luchó con todas sus fuerzas: llegar a viejo sin haber dejado de ser adolescente.

No se comprenderían algunas de sus cualidades más destacadas como el orden en su vida y en sus cosas, el saber vivir positivamente la soledad, la disciplina, el sentido de la responsabilidad en el trabajo y en el cumplimiento de sus compromisos si no se mencionara el periodo en el que estuvo vinculado al “Opus Dei”. Los años que vivió en Pamplona sometido a los rigores de “la obra” le moldearon una parte importante de su carácter, aunque también forjaron su reconversión a un ateísmo militante aderezado con una dosis reducida, pero siempre presente, de resentimiento hacia una forma de entender la vida a la que antaño se había entregado con pleno convencimiento. Siempre añoró que una parte de su juventud, en aquellos años del tardofranquismo, la hubiera podido vivir de otra forma. Sin cilicios ni disciplinas. Las anécdotas que reflejan estos sentimientos confrontados fueron, por una parte, la venganza que se tomó al cometer el “*lapsus lingüe*” de titular la festividad del Colegio de Abogados como la realizada en honor de San Raimundo de “Roquefort” cuando, como bibliotecario de la corporación en 1982, encargó la impresión del programa de festejos con este título -lo que dio lugar a una misa de desagravio en la Iglesia de San Miguel-. La segunda anécdota que evoco, pero en otro sentido, es la de cuando nos permitimos (ahí le acompañé yo también) cantar íntegramente el “Salve Regina” en latín en la iglesia de Roncesvalles, en

la ceremonia de inicio del camino de Santiago. Únicamente los tres sacerdotes oficiantes y nosotros dos, de los más de trescientos peregrinos, sabíamos la letra. ¡Ganamos indulgencias plenarias, que espero que le hayan servido!

La otra aventura de nuestro insigne caballero que nos dice mucho de las opciones políticas que adoptó en su etapa de madurez fue la de que, después de retornar a la vida secular, y todavía en vida del dictador, se adscribió de forma pasajera a los círculos monárquicos, siguiendo la estela de su padre que había sido miembro del consejo privado de Don Juan de Borbón. En esta etapa visitó en algunas ocasiones al conde de Barcelona en su exilio de Estoril, e incluso relataba que había alternado esporádicamente con el entonces joven aspirante al trono, Don Juan Carlos, durante la estancia del mismo en la academia general del aire, en San Javier. En este caso siempre he pensado que la diferencia de estaturas de uno y otro fue el motivo por el que no perduró su amistad con la realeza, aunque aquella historia contribuyó a afianzar las posiciones antifranquistas en las que siempre se mantuvo.

La adscripción a la lucha por las libertades durante la transición, y su admiración por la vida y obra del jurista y ministro republicano Ruiz Funes (a cuya memoria dedicó muchas horas de actividad investigadora) marcaron su pensamiento político radical en defensa de los valores progresistas y democráticos. De esas dos Españas que hielan el corazón quedó adscrito al reformismo ilustrado que históricamente representaron personajes como Jovellanos, Joaquín Costa, Azaña, Machado y los poetas huertanos Miguel Hernández y Vicente Medina. Desde luego adquiriendo un compromiso público en defensa de los derechos humanos que le hizo estar en todas las batallas que se han librado en la desalentadora historia de nuestra democracia, aun cuando nunca se dejó seducir por ningún partido político ni por ninguna otra bandera que no fuera la de la libertad y la democracia.

## LA EXALTACIÓN DE LA AMISTAD

*“La amistad es el plato fuerte del banquete de la vida”* escribió un poeta anónimo en la pared de una Txoco-taberna que visitamos en un reciente viaje a San Sebastián para celebrar el 65 aniversario de un amigo común. Felipe había hecho suya esta máxima hace ya muchos años y no conozco a nadie que tenga un elenco tan extenso y variopinto de amigos y, lo que es más meritorio, cuidando a todos ellos con el afecto y la sensibilidad que cada uno individualmente merecía. No es fácil trabar amistades profundas y duraderas si consideramos al amigo en aquella definición de Julio Cortázar en su *Rayuela* como aquella persona en cuya casa puedes presentarte a las tres de la madrugada sabiendo que te va a recibir con paciencia y buena predisposición a ayudarte. En una época hicimos con Felipe algún experimento de este tipo en la Murcia de los años ochenta, cuando todavía conservábamos una ilusión por la vida y el futuro inmensas. La esposa de uno de nuestros más queridos cofrades no nos dejó entrar en su casa una noche a pesar de que le explicamos el noble propósito que nos había llegado hasta allí pero, en general, nuestras compañeras siempre fueron comprensivas. Tal vez demasiado si lo vemos con la perspectiva el tiempo. Desde luego las compañeras con las que Felipe estuvo unido a lo largo de su vida tuvieron la oportunidad de cultivar con él la virtud de la paciencia, pero no mucho más que el común de los mortales. La vida en pareja tiene sus momentos, sus grandes ventajas y también sus inconvenientes. El balance final creo que fue

positivo para ellas y para él en todos los casos, sobre todo cuando lo que debe permanecer son los buenos recuerdos.

La personalidad contradictoria de nuestro amigo no ha generado siempre simpatías. Las enemistades que generó su forma de ser también fueron apasionadas y a veces hasta crueles. No cultivaba indiferencias. Lo que no es cierta es la acusación de machista con la que se le ha etiquetado porque entre sus amistades hubo tanto hombres como mujeres. Una buena prueba de ello fue que a lo largo de su vida profesional nunca tuvo secretarías, salvo en la última etapa del proyecto UNIFORO. Pepe y Julio desempeñaron durante muchos años esta función y, al mismo tiempo, ejercieron de amigos y confidentes. En las relaciones de amistad valoró sobre todo la sensibilidad, la compañía y la lealtad, sin distinción de orientaciones sexuales. Mantuvo una actitud sumamente respetuosa con las opciones de vida de sus amigos y amigas, incluso en el plano ideológico y político, aun cuando nunca se reprimió a la hora de expresar sus opiniones con un grado de sinceridad que le hizo célebre.

Entre las anécdotas en este campo recuerdo que, cuando haciendo vida de separado probó sus facultades como “chef” (llegó a hacer un “caldero” impresionante al estilo de Cabo de Palos) adquirió una olla a presión y cursó la solicitud de inscripción, que le había sido remitida por la empresa, para formar parte del selecto Club de Señoras “Magefesa”. Nos convenció a algunos amigos para que le secundáramos en esta afición, y todavía recibo de vez en cuando la revista con excelentes, sabrosas y nutritivas recetas culinarias salteadas con ofertas de ropa interior para combinar con sugestivos delantales de colores. Aun cuando la afición por la cocina la abandonó pronto, mantuvo la cultura de los buenos vinos y su querencia hacia los platos de la cocina murciana que se ofrecen en los afamados restaurantes de la región, cuya cita omito para evitar olvidos imperdonables.

La visión de Felipe como persona solitaria también dice mucho de su rica personalidad. Disfrutaba de los muchos espacios de soledad que vivía en los que se encontraba consigo mismo y se reconocía, en los que meditaba, escuchaba música o leía con el afán de vivir otras vidas, conocer otras experiencias y aprender de la sabiduría que se esconde en los ensayos y novelas. Antes de los periodos vacacionales se pertrechaba de buena literatura que devoraba y gozaba, lo que lo convertía en buen conversador, en analista perspicaz de la realidad que le había tocado vivir, manteniendo siempre una actitud mental abierta y tolerante.

Compensaba esta vida, que a veces se asemejaba a la del ermitaño (los que le conocían superficialmente y en actos sociales no lo reconocerían así) con su afán por participar como gregario en grupos de amigos informalmente constituidos como el de la “CAMA” en tertulia estable formada por juristas y filósofos unidos por la gastronomía entre los que están los jueces Andrés Pacheco, Maurandi, Romualdo Faura, filósofos Rafael Hernández Marín, o restauradores como Paco Fuentes, o profesores como Jaime Peris y Jorge Novella (seguro que omito involuntariamente a los más queridos e importantes); colegas como la “peña” de los compañeros de la junta de gobierno del colegio de abogados de la época de la transición, con Matilde Llorca como presidenta de honor, Blas Gómez Jimeno -jurista y papirofléxico-, el vocal de cultura José Antonio Torres, y el decano Ricardo Martínez Moya, entre otros, o compañeros de otras aventuras más místicas y mundanas. La última manifestación de la capacidad de generar círculos de amistad fue la constitución de mujeres juristas “ex” pasantes



o colaboradoras del maestro como Teresa García Calvo, Ana Marco, Elisa Carles y otras ilustres profesionales que incluso han llegado a organizar un congreso en la vecina isla de Ibiza.

Si se tuviera que elegir en Felipe una virtud que sobresaliera entre las otras, sin duda sería la de su amor por la libertad. Tal vez la razón está en una evolución serena y firme, pero radical, de sus vivencias personales en su etapa de joven y formal estudiante, de profesional heredero de una tradición antigua de respetabilidad social, de vástago privilegiado de una buena familia murciana, de católico reprimido y abogado prestigioso. Lo que se conoce como efecto de la “*ley del péndulo*” le llevó a mantener posiciones antagónicas. Como ateo converso hizo pública la apostasía de la fe y, como buen jurista, solicitó del obispado su exclusión de los registros invocando la legislación sobre protección de datos personales en lo que no tuvo éxito por culpa de una sentencia de muy errática argumentación de la que fue ponente la hoy diputada socialista Margarita Robles. Su compromiso social le llevó a aceptar la presidencia de la “Mesa regional contra la entrada de España en la OTAN”, empeño en el que tampoco tuvo éxito, como tampoco lo consiguió con la adscripción al republicanismo en la concepción ideológica del mismo que propugnó su admirado historiador Eduardo Haro Teclen.

De las otras pasiones que quiso disfrutar con sus amigos y su familia se ha destacar la afición a la música que le acompañó en épocas diversas de su vida. Le apasionó la ópera, aun cuando tuvo sus preferencias focalizadas siempre en las sopranos (yo le decía que tenía complejo de Onassis, con quién también coincidía en la estatura y en la belleza) cayendo rendido en sus últimos años ante Anna Netrebko, su predilecta, a la que era capaz de ir a escuchar (y a ver) a Londres, París o Milán. Esta afición le brindó la oportunidad de otorgarse sus más caros caprichos adquiriendo los equipos de música más sofisticados que sabía disfrutar escuchando el “Idilio de Sigfrido” de Wagner o el “Addagietto” de la 5ª Sinfonía de Mahler, sus piezas predilectas.

No puede finalizarse este bosquejo de su personalidad sin hacer referencia a la generosidad mostrada con todas las personas que lo conocieron, virtud que en ocasiones le dio algún disgusto puesto que fue objeto de la avaricia de quienes, no correspondiendo a tan noble sentimiento, se aprovecharon del talante altruista y desprendido de Felipe. Una de sus mayores satisfacciones era de ayudar en los inicios profesionales, incluso dándole soporte económico a jóvenes abogados, exalumnos y exalumnas de la escuela de práctica jurídica, pasantes o amigos de sus hijos que, desde luego, le compensaban sobradamente con el afecto que le profesaban y la compañía que le hacían en sus paseos y salidas vespertinas, especialmente en los últimos años, cuando sus relaciones amorosas empezaron a ser discontinuas y los amigos de siempre nos distanciábamos o, en la peor alternativa, desaparecían.

## **LA DIMENSIÓN PROFESIONAL**

Tal vez el mayor legado que Felipe deja es como jurista. Persona ilustrada y celosa de estar al día en todos los planos del derecho, desde el filosófico en el que admiró a Manuel Atienza, a Ferrajoli y Habermass, sin duda por el impacto de la amistad con el filósofo Rafael Hernández Marín (que le hizo replantearse muchas certezas) hasta el plano más práctico y prosaico del quehacer diario de la rama del derecho que dominaba, la de los arrendamientos

urbanos y el urbanismo. La excepcionalidad de Felipe como abogado se fraguó en la conjunción de las tres facetas en las que estuvo implicado: en primer lugar, destacó en el asesoramiento jurídico y la defensa en juicio de sus clientes como tarea profesional vertebradora de su vida profesional. En esta tarea ha dejado una estela de abogado metódico, ordenado, responsable e inteligente como pueden atestiguar las innumerables personas a las que defendió con seriedad y firmeza. Al mismo tiempo era respetuoso con los contrarios, hábil negociador y leal con sus compañeros. Trabajó para la Cámara de la Propiedad y al extinguirse ésta colaboró en diversos despachos hasta la creación de su proyecto definitivo en este campo, que es el bufete UNIFORO, despacho colectivo en el que se integraron especialistas de diversas ramas del derecho, siendo el primer despacho colectivo murciano de estas características en el que sigue sus huellas su hijo Paco.

En segundo lugar, ejerció durante muchos años como maestro de abogados, tanto por su vinculación con la universidad, en la que alcanzó el título de doctor, como por ser un pilar fundamental de la escuela de práctica jurídica de Murcia y tutor de un gran número de pasantes que aprendieron con él las técnicas esenciales del oficio. Su vocación docente estuvo focalizada en la enseñanza de las técnicas y competencias del ejercicio de la abogacía lo que le llevó a participar en proyectos formativos a nivel nacional. En esta faceta coincidimos de nuevo en la Escuela Judicial española colaborando en el diseño, organización y realización de las prácticas comunes de jóvenes jueces y abogados. Estos ámbitos de su actividad profesional han sido ya objeto de exégesis por la Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia de la que formó parte, fue secretario y en la trabajó con juristas de gran prestigio como los magistrados Bartolomé Ríos y Pilar Alonso, el letrado Antonio Checa y quien es actualmente su presidente Juan Roca Guillamón, merecen ser analizados en un contexto diferente al limitado de esta semblanza que está más centrada en la visión humanística de nuestro amigo.

La tercera faceta que le dio una proyección humana singular fue la del trabajo que desarrolló en el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia con el que estuvo estrechamente vinculado toda su vida profesional. Fue impulsor y “*factotum*” de la agrupación de jóvenes abogados que se convirtió en una pesadilla para la entonces cúpula colegial, incluso para el eterno presidente del CGAE Don Antonio Pedrol Rius. Felipe no se resignaba a abandonar este estatus juvenil hasta el punto de conseguir la reforma en los estatutos a nivel nacional para que se ampliara la edad límite de pertenencia hasta los 38 años. Aquella agrupación de jóvenes letrados adquirió relevancia por otras propuestas singulares como la de pedir la inclusión en la asamblea general del colegio murciano de enero de 1997, que se votara solicitar formalmente al gobierno (todavía el último pre-constitucional, la amnistía para los presos políticos.

En 1980 accedió a la junta del colegio que presidió Ricardo Martínez Moya, que fue la que materializó el cambio de la institución hacia la configuración moderna actual, aun cuando ya habían existido precedentes (que están por historiar) cuando la práctica mayoría de la junta anterior dimitió en solidaridad por el veto del último gobierno franquista a la candidatura de Tierno Galván al decanato de la abogacía madrileña. En esta nueva junta, en la que tuvieron una especial relevancia los laboristas Matilde LLorca, Nico García Tomás y Jesús Rentero, con Paco Pravia que fue el abogado murciano que llevó la defensa del mayor número casos de disidentes políticos de la región ante el Tribunal de Orden Público durante

el franquismo, se encomendó a Felipe la responsabilidad de la gestión y modernización de la biblioteca colegial. La primera “pica en Flandes” de esta etapa fue el acuerdo por el que se suprimió la obligación de llevar “uniforme” que tenían algunos empleados del colegio de abogados, lo que sirvió de revulsivo para el sector conservador de los colegiados que propagaron la “especie” de que la junta había sido tomada por el “Kremlim”. Bien es cierto que otros miembros como Paco Martínez Salmerón, Blas Gómez Jimeno, Manuel Martínez Ripoll y el ínclito jurisconsulto ciezano José Antonio Torres aportaron el rigor profesional que hizo del colegio un referente en la vida social murciana.

Desde su vocalía en la junta de gobierno trabajó en la apertura de la institución a toda la abogacía fomentando la vida y la solidaridad colegial, junto al responsable del turno de oficio, Manuel Martínez Ripoll (posteriormente decano). Aquella junta, a la que tuvo el honor de pertenecer, organizó ciclos de conferencias de actualidad jurídica y social que despertó la adormecida dinámica de la institución, impulsó debates en los que se integraron jueces, secretarios, forenses y psicólogos teniendo que colocar el “aforo completo” en muchas ocasiones, como cuando se celebró la mesa redonda sobre “sexo y práctica forense” para el que hubo algún compañero con sentido del humor que preguntó si los “profilácticos” los pondría el colegio o eran por cuenta del conferenciante. Felipe estuvo detrás de muchas de estas iniciativas que redundaron en la mejora de la formación profesional y la dignificación del turno de oficio. Mas su labor más importante fue la que realizó para que la biblioteca se dotara de medios y se adecuara a las necesidades de los colegiados, contando con la impagable ayuda de la bibliotecaria Amparo Avilés, con quien formó un equipo que será muy difícil superar en eficiencia.

La fundación de la Revista Jurídica de la Región de Murcia, de la que fue muchos años director, ha sido y continúa siendo un instrumento fundamental para los juristas de la región. Llenó el vacío que entonces existía respecto a la publicación y difusión de la jurisprudencia menor de los tribunales murcianos, y supo transformarla cuando se produjo la eclosión de las colecciones doctrinales en vehículo para fomentar y dar a conocer el pensamiento jurídico, atrayendo a muchos publicistas y fomentando la investigación jurídica. En el patronato de la Fundación Ruiz Funes también dejó una importante huella que pone el colofón a la trayectoria de uno de los más insignes y señeros juristas murcianos del siglo XX.

## **LA DIGNIDAD ANTE LA MUERTE**

Felipe fue una persona de un gran sentido ético, de un compromiso político progresista y de una espiritualidad profunda, pero en el sentido que expresaba Mariano Corbí en el libro que tanto impactó a Felipe que lleva por título *“Por una espiritualidad sin dioses, religiones ni creencias”*. Se enfrentaba a la muerte como fenómeno natural, inexorable y también angustioso por cuanto significaba el punto y final de la vida. Su pensamiento en este capítulo último de la existencia estaba impregnado de esa humanidad que le hizo decir en su testamento vital *“se nace, se vive y se espera la muerte, que es el mayor fracaso”*. Esperaba, ciertamente, amando intensamente a la vida, pero sabiendo que se enfrentaría a su final desnudo. Le gustaban aquellos versos de Cesare Pavese *“Y vendrá la muerte ..., y tendrá mis ojos”*. Pero, fiel a su trayectoria vital, realizó un último acto de rebeldía: ejerció su derecho a

morir dignamente disponiendo que no le prolongaran su existencia inútilmente con mecanismos artificiales y, en coherencia con su determinación, prohibió en su testamento todo acto religioso en su memoria.

Quienes califican a Felipe Ortega de persona frívola y extravagante se equivocan absolutamente. Como ser excepcional que fue, es evidente que existen muchas facetas en su personalidad y que algunas de ellas pueden resultar contradictorias o molestas para quienes no coincidían con su forma de pensar. No hay que olvidar que tenía una especial querencia por la provocación. No conocía la hipocresía, por cuanto la sinceridad fue una máxima en su vida, a pesar de que era consciente de que el no callar ante alguien podía levantar ampollas, incluso entre quienes consideraba amigos. Felipe era muy consciente de que la costumbre cultural de la tradición que nos empuja suele llevar a la inmensa mayoría de la población a seguir las pautas y protocolos establecidos cuando se llega a la senectud, al deterioro físico y mental, al final de la existencia. Estos protocolos, decía, están basados en las manifestaciones religiosas de los ancestros que él había combatido y a las que no podía rendirse en su adiós a la existencia que, como ateo confeso, percibía definitiva: punto y final.

El último de los retos que acometió fue el de reivindicar el derecho a la eutanasia activa voluntaria y a ser ayudado a dejar la vida en caso de enfermedad cuyas secuelas comprometiesen la dignidad de la persona. De forma solemne, ante notario, y con el mandato de hacer públicos sus deseos, dispuso con libertad sus últimas voluntades para cuando se produjera una circunstancia que justificara su muerte.

Desde luego, no es el primer murciano que protocoliza un testamento vital expresando instrucciones en pro de una muerte digna, pero sí es cierto que según informaciones de la asociación DMD, a nivel estatal, únicamente Murcia (con Ceuta y Melilla) son las únicas comunidades autónomas en las que no existe presencia de la citada organización pese a que en la Asamblea Regional se suscitó el debate y que, a tenor de lo que publican las estadísticas, hay una mayoría de la población en nuestra región que claramente es favorable a la implantación de un sistema como el holandés, el danés, el suizo o el belga respecto a la ayuda asistida a la muerte, como derecho fundamental a morir de forma rápida e indolora cuando sea evidente que el propio cuerpo ha sufrido un daño cerebral importante e irreversible, cuando se padezca un cáncer en fase avanzada e irreversible, cuando se padezca una enfermedad degenerativa del sistema nervioso y/o muscular en fase avanzada, con importantes limitaciones de movilidad o se padezca demencia severa derivada de cualquier origen que impida a la persona expresarse o alimentarse por sí misma, ni cuando se llegue al punto de no reconocer a familiares o a personas cercanas.

En su testamento vital, Felipe se manifestaba en los siguientes términos: *“Vivimos, aunque preferimos sentirnos espectadores, y no nos atrevemos a ser los actores asumiendo, bien o mal, el sentido metafísico de la muerte. Las creencias religiosas sobre un espíritu que nos da la vida y que después de la muerte se escapa del cuerpo y va al cielo a disfrutar, o al infierno a sufrir; o se reencarna en una princesa rubia o en una rana verde, nos tranquiliza en el afán diario y nos llena de una vanagloria y una soberbia impropia e incierta. Pero los cielos y los paraísos son instrumentos de dominio que utilizan los papas, los Popes y los Ayatolás sobre las masas para frenar sus reivindicaciones. Con estas ensoñaciones se acepta la pobreza, la enfermedad, la miseria o la desgracia”*.

Y sigue: *“Espero y deseo que se respete mi voluntad e interesó a tal fin que se me facilite la muerte mediante drogas en dosis letales. Siguiendo a Herodoto repito con él que, cuando la vida es una pesada carga, la muerte se convierte en un ansiado refugio”*. Los Hados le tenían preparado un final en el que no fue preciso suministrarle ningún fármaco. Una prolongada, inmisericorde e inesperada parada de su corazón aniquiló sus funciones cerebrales de forma irreversible y absoluta.

El terrible golpe que para todos cuantos le conocíamos ha supuesto la pérdida de un amigo tan entrañable ha sido una última aportación a los debates ideológicos y jurídicos que propició durante su existencia. Vivimos en un país en el que no solo no ha sido posible, a pesar de los años que llevamos en democracia, tener una legislación razonable y respetuosa sobre la eutanasia activa, sino que, por el contrario, pesa sobre los ciudadanos el tipo delictivo el artículo 143 del código penal, vergonzosamente todavía hoy vigente, que castiga con la prisión al que asiste a morir a una persona, aun cuando la misma haya manifestado de forma fehaciente e irrevocable su deseo de que no se le prolongue la vida artificialmente cuando el vivir deja de tener sentido.

El fundamento metafísico de esta prohibición es el de una concepción sagrada de la vida, que es absolutamente respetable para quienes profesan sentimientos religiosos y que debe ser protegida constitucionalmente, pero que no puede ser impuesta a los ciudadanos que no participan de estas creencias ni a los que quieren ejercer libremente su derecho a planificar un final de su existencia exenta de sufrimientos y de dolor. Como decía Felipe, *“cuando la propia persona, en uso de sus plenas facultades mentales, considere que no es digna la existencia cuando la enfermedad la coloque en un estado de inconsciencia, de demencia o de imposibilidad de desarrollar en condiciones un proyecto de vida”*.

Felipe fue una persona adelantada a su tiempo, que tuvo muy claro que los avances científicos están al servicio y para mejorar la existencia de la persona, y no para generar falsos dilemas morales que justifique la prolongación artificial de la vida cuando ésta ya carece de sentido, ni el consentir que nadie en los últimos momentos de su existencia sufra innecesariamente cuando haya expresado su deseo de tener un tránsito al más allá sin los tormentos con los que, todavía en nuestro país, mueren centenares de personas por la ausencia de una política sanitaria humanitaria.

Felipe no sabrá que el 17 de enero de 2017 se aprobó por mayoría simple una proposición de ley en el congreso de los diputados de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del código penal, para modificar el apartado 4 del artículo 143 del Código penal de despenalización de la eutanasia y la ayuda al suicidio para establecer la exención de responsabilidad penal a quien, por petición expresa, libre e inequívoca de una persona que padezca una enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte, o de patología incurable que provoca sufrimiento físico o psíquico grave y que se prevé permanente, cause o coopere con actos necesarios para la muerte segura, pacífica y sin dolor de esta persona, en el marco de la ley vigente.

Cuando resulte aprobada esta propuesta legal invito a quiénes conocieron y apreciaron a Felipe a brindar en su memoria de quién fue, sin duda alguna, un gran jurista, un ser solitario, un humanista, una persona trascendente, solidaria y con alma de poeta.

## FELIPE ORTEGA UNIVERSITARIO

*María Ángeles Sánchez Jiménez  
Encarnación Serna Meroño*

Mi agradecimiento más sincero al Consejo de Redacción de la Revista Jurídica de la Región de Murcia por la oportunidad que me ofrece de hacer una semblanza de Felipe Ortega Sánchez como universitario. Esta tarea es un honor para mí y creo que mi cualificación para tal cometido se sustenta, no solo por haber tenido la fortuna de mantener una sincera amistad durante muchos años, sino también por ser la codirectora de su tesis doctoral junto a Antonio Reverte. No tengo la menor duda que si estuviera con nosotros nuestro querido amigo Tono sería la persona más capacitada para reflejar la faceta de Felipe como universitario, por unirles durante mucho tiempo una leal y fructífera amistad concretada en muy diversas colaboraciones, pero por desgracia también nos ha dejado poco tiempo antes que Felipe, cada día que pasa añoro más a mis queridos amigos y confío en que la emoción no me nuble mi entendimiento y me permita realizar un relato digno de mi recordado amigo.

Felipe Ortega ha sido un hombre polifacético, con ocupaciones muy diversas y todas ellas las ha realizado con gran entusiasmo y total dedicación, su faceta universitaria, como no podía ser menos, también fue muy intensa.

El inicio de su vinculación con la Universidad de Murcia se produce cuando decide estudiar la carrera de Derecho y se matricula de primer curso en la Facultad de Derecho, aunque los sucesivos años de la Licenciatura de Derecho los realizó en otras universidades.

En estos primeros años aprendió muy bien la esencia de un buen universitario, que de manera muy lúcida siempre recordaba el profesor Antonio Reverte a sus estudiantes cuando terminaban la carrera y reflexionaba sobre la suerte de ser universitario y señalaba que *“en la Universidad se encuentra el auténtico elixir de la juventud, que no es otra cosa que el deseo de aprender más, de saber más, de entender mejor, de preferir el ser al tener, de mirar al mundo con los ojos bien abiertos: no con desgana, sino con curiosidad, no con prejuicios, sino con preguntas. Como universitarios sois depositarios de un saber que debéis cultivar con rigor y pensamiento crítico. Pero también debéis devolver a la sociedad, a través de vuestra presencia profesional, lo que la Universidad os ha dado”*.

Estas breves palabras resumen, creo que muy bien, el devenir vital de Felipe, sus ganas de aprender hasta el momento final de su vida, pues solo tres días antes de su operación pasaba por mi despacho para recoger un libro para que con su lectura le proporcionara una mejor preparación de un asunto que llevaba en esos momentos. Por supuesto, también devolvió con creces a la sociedad todos los conocimientos adquiridos en la universidad, como así lo avalan los muchos años de buen ejercicio como prestigiosos abogado, con entrega y compromiso siempre dispuesto en ayudar a todas aquellas personas que lo necesitaban.

La curiosidad de Felipe por saber más, junto a su afán de superación le llevó a plantearse la obtención del máximo título académico. Tras la realización de los Cursos de doctorado en el Departamento de Derecho civil, y con gran pasión, asumió la tarea de realizar su tesis doctoral. Nos “eligió” como codirectores a Antonio Reverte y también a mí, esta circunstancia nos proporcionó una mayor relación entre los tres y consolidó entre nosotros una verdadera y honesta amistad.

El tema elegido para la tesis se centro en una materia a la que Felipe había dedicado mucho tiempo en su faceta profesional como abogado, los arrendamientos. Como es sabido, el análisis de la materia jurídica es muy diferente según se produzca desde una perspectiva eminentemente práctica como es el ejercicio de la abogacía a cuando se realiza desde un punto de vista académico. El rigor y las exigencias propias de un trabajo de investigación no desanimaron a Felipe, sino todo lo contrario, pues suponía superar un nuevo reto y una vez más, logró culminar su trabajo científico con total éxito. Durante la elaboración de la tesis disfrutamos mucho con las discusiones sobre las interesantes cuestiones planteadas y numerosas anécdotas con la gran “fatiga” que le ocasionaba las exigencias de forma que precisa toda tesis doctoral respecto a la minuciosidad en las citas y la extensa bibliografía analizada en la tesis.

El día 28 de noviembre del 2000 Felipe Ortega defendió su tesis doctoral con el título **“El arrendamiento en el proceso urbanizador”** obtuvo la máxima calificación, por unanimidad Sobresaliente “cum laude”, y también el reconocimiento expreso del tribunal calificador por su magnífica tesis y su brillante defensa. En 2002, la editorial Aranzadi asumió la publicación del libro que recogía el trabajo realizado en la tesis con el título **“Derechos de los arrendamientos rústicos y urbanos en la gestión urbanística”**. Como muy bien Antonio Reverte advertía en el prólogo del libro, Felipe había conseguido *“una buena investigación en la que se cimentaban con coherencia las posiciones mantenidas y donde se hace una acertada reflexión de unas normas... en la búsqueda de las soluciones concretas y a la vez prácticas que facilitan el trabajo no solo del abogado en ejercicio sino también del investigador universitario”*.

Felipe Ortega colaboraba asiduamente en el ámbito universitario muchos años antes de tener una vinculación administrativa con la UMU. Amigos como Joaquín Ataz y yo misma contábamos siempre con su valiosa participación en los seminarios que preparábamos sobre arrendamientos, tanto rústicos como urbanos, disfrutando los estudiantes con sus conocimientos y la proximidad de trato que les brindaba. En estas clases siempre sobrepasábamos el tiempo asignado a esta tarea porque Felipe resolvía las numerosas preguntas del alumnado con inteligencia, preparación y sobre todo con la sabiduría que sabía transmitir muy bien, la defensa de lo justo, a veces sorteando el rigor de las normas para lograr una correcta inter-

pretación. En este contexto, transmitía con toda emoción lo apasionante que era para él la profesión de abogado y a todo estudiante que le requería consejo siempre le proporcionaba su generosa ayuda.

Muy especiales eran los seminarios que preparábamos sobre Propiedad horizontal donde organizábamos un juego de rol de una Junta de propietarios, un grupo de estudiantes actuaban como propietarios y representantes de los distintos órganos de gobierno de una comunidad de propietarios, participando Felipe como asesor. En la sesión se planteaban todos los asuntos posibles y el aprendizaje integral de los estudiantes estaba asegurado y la animación garantizada con la cantidad de anécdotas que contaba Felipe y que reforzaban los conocimientos de la materia analizada a todos los estudiantes presentes.

En el año 2010 Felipe Ortega obtuvo una plaza como Profesor Asociado en el Departamento de Derecho civil obteniendo el número uno en el concurso para cubrir las plazas convocadas. En la nueva faceta de Profesor Asociado del Departamento de Derecho civil asumió la docencia de la asignatura ***Protección de la persona en el ámbito del Derecho civil*** en el grado de Criminología, disfrutaba con la docencia y sobre todo con la relación personal que establecía con sus estudiantes, una relación próxima y muy gratificante que siempre le compensaba el esfuerzo de armonizar la impartición de sus clases con rigor y seriedad con su profesión y gran vocación, el ejercicio de la Abogacía.

Felipe Ortega siempre estuvo dispuesto a ayudar en todas las actividades organizados por el Departamento de Derecho civil y a colaborar de manera constante y generosa con sus amigos, con este ánimo participó en las jornadas que codirigimos Antonio Reverte, Ascensión Leciñena y yo misma, sobre ***Protección jurídica de las personas con discapacidad*** los días 7 y 8 de noviembre de 2013, su intervención se concretó en la Mesa redonda que trataba los distintos instrumentos jurídicos para lograr una mejor protección de las personas con discapacidad, Felipe se encargó de analizar los muchos problemas que suscita el patrimonio protegido de las personas con discapacidad regulado en el ordenamiento jurídico español. El resultado de su estudio se publicó en el libro que recogió el fruto de estas jornadas titulado ***Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*** coordinado por Martín García-Ripoll y Ascensión Leciñena y editado por Thomson-Reuters-Aranzadi en diciembre de 2014.

Todos los calificativos se agotan para señalar su capacidad de trabajo y su entusiasmo por colaborar en todo lo que se le proponía, sirva de ejemplo que todavía está por salir su obra póstuma, su participación en los ***Comentarios a la Ley de Jurisdicción voluntaria*** cuya colaboración le propuso José Antonio Cobacho y que próximamente publicará la editorial Thomson-Reuters-Aranzadi, donde se recogen sus comentarios a varios artículos del Código civil modificados por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Mención aparte, merece su dedicación a la Escuela de Práctica Jurídica, que de manera espléndida nos resumen en las siguientes líneas su amiga y actual directora de la Escuela de Práctica Jurídica, M<sup>a</sup> Ángeles Sánchez Jiménez. La incorporación de Felipe Ortega como profesor de diversas actividades formativas de la Escuela de Práctica Jurídica tuvo lugar a principio de los años noventa, en la que continuó de forma ininterrumpida hasta el momento de su fallecimiento. Era, por ello, uno de los docentes con mayor grado de veteranía en la



Escuela, gran conocedor de su funcionamiento, en la que estaba profundamente implicado, lo que, unido a su calidad personal y prestigio profesional motivó que, a partir del año 2015, quedara integrado en su Equipo Directivo ocupando el cargo de Coordinador Técnico que desempeñó con evidente ilusión y dedicación. Su excelente trabajo, tanto el desempeñado en el Equipo Directivo como en la docencia, iba unido a su carácter innovador, motivo de su “eterna juventud”, su valentía, cuando consideraba que la situación exigía su implicación, su entusiasmo contagioso, en definitiva, a su personalidad arrolladora. Una personalidad que, junto a su categoría profesional demostrada a lo largo de los años de ejercicio de la abogacía, permiten explicar la relevancia de la labor que desempeñaba en la Escuela, con la evidente repercusión que presentaba para los estudiantes, verdaderos protagonistas de su motivación, interés y esfuerzo continuo de su trabajo como docente.

Un importante número de estudiantes, actualmente abogados la mayoría, han recibido su docencia, consecuencia de su participación activa, tanto en cursos sobre materias específicas, como en el Curso General, así como en el actual Máster en Abogacía. Todos ellos han podido apreciar su calidad como profesor de la Escuela con la repercusión para su formación como abogados, resultado del profundo respeto que le merecía su profesión y la implicación que derrochaba en el desempeño de esta labor docente, a la altura de su categoría profesional y personal. Los alumnos han sido siempre el motor del entusiasmo que depositaba en la docencia y, por ello, los auténticos destinatarios de sus esfuerzos y dedicación. Sus demandas eran siempre atendidas, más allá de las cuestiones estrictamente técnicas, su ayuda siempre requerida y continuamente ofrecida, su despacho permanentemente abierto para las prácticas de aquéllos que lo necesitaran y durante el tiempo que demandaran, se ofrecía para acompañarlos a las prácticas desarrolladas fuera de Murcia, sea en Madrid o en Estrasburgo, siempre atento a sus necesidades como abogados en formación. Esta atención especial hacia los alumnos ha presidido la profunda implicación como profesor de la Escuela, motivando, de forma recíproca, la especial consideración que recibía del conjunto de los estudiantes que, sin duda, apreciaban su alta calidad personal y profesional, su cercanía, su ayuda y el tiempo que, sin límites, les dedicaba siempre. Ellos han notado su pérdida de forma especial. Las clases, las prácticas y las tertulias no son lo mismo si no está Felipe, continuamente recordado por todos los que han tenido la suerte de recibir sus enseñanzas profesionales y personales.

A todos los que hemos tenido la suerte y privilegio de encontrarnos entre sus amigos siempre nos quedarán su recuerdo y su enseñanza vital que estará siempre en nuestro corazón.

Doctrinal



# LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.

*José Antonio Cobacho Gómez*  
*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Murcia*

## RESUMEN

*El Código Civil español de 1889 reguló los arrendamientos de fincas rústicas pero dicha regulación se modificó durante los años veinte del siglo pasado. Durante la Segunda República Española se dictó la Ley de Reforma Agraria y la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935. Posteriormente se dictaron varias leyes y normas reglamentarias que culminaron con la Ley de 31 de diciembre de 1980. En la actualidad está vigente la Ley de 26 de noviembre de 2003, modificada parcialmente por la Ley de 30 de noviembre de 2005.*

## ABSTRACT

*Leases of rural estates were regulated by the Spanish Civil Code of 1889, but this regulation was modified throughout the twenties of the last century. During the 2nd Spanish Republic, law Agrarian Reform and law of leases of 1935. Later, several laws and standards regulatory were issued and culminated with the law of December 31 1980. Nowadays, the law of November 2003 is in force although, it was modified by the law of November, 30 2005.*

## PROLOGO

### I.- PLANTEAMIENTO

### II. LA APARICIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

1. Circunstancias en las que aparece
2. El Real Decreto de 6 de marzo de 1926.
3. El Real Decreto de 21 de noviembre de 1929.

### III. LA LEY DE 15 DE MARZO DE 1935 DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.

### IV. LEGISLACIÓN POSTERIOR A LA LEY DE 15 DE MARZO DE 1935.

1. La Ley de 28 de junio de 1940
2. La Ley de 23 de julio de 1942
3. La Ley de 15 de julio de 1954

### V. EL REGLAMENTO DE 29 DE ABRIL DE 1959 DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

### VI. LA LEY DE 31 DE DICIEMBRE DE 1980 DE ARRENDAMIENTO RÚSTICO.

### VII. LA LEY DE 12 DE FEBRERO DE 1987 DE PRÓRROGA Y ACCESO A LA PROPIEDAD DE DETERMINADOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTOS.

### VIII. LA LEY DE 10 DE FEBRERO DE 1992 DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS HISTÓRICOS

### IX. LA LEY DE 4 DE JULIO DE 1995 DE MODERNIZACIÓN DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS

### X. LA LEY DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2003 DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.

### XI. LA LEY DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2005 DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS.

## PROLOGO

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua dice que gratitud es el sentimiento que nos obliga a estimar el beneficio o favor que se nos ha hecho o ha querido hacer, y a corresponder a él de alguna manera.

Todos los miembros de mi familia tenemos mucha gratitud hacia Felipe Ortega. Desde hace años hemos compartido momentos e inquietudes de todo tipo y hemos encontrado en él a un gran amigo que nos ha ayudado incondicionalmente.

Felicito a la Fundación Ruiz Funes por la iniciativa de dedicar este número de la Revista Jurídica de la Región de Murcia a la memoria del que fue su Director, Felipe Ortega.

Como es sabido, dicha Revista fue dirigida por él durante muchos años y en ella publicó muchos trabajos y escribió gran cantidad de editoriales. La Academia de Legislación y Jurisprudencia de la que ha sido Secretario siendo presidentes Antonio Reverte Navarro y Juan Roca Guillamón, el Colegio de Abogados del que fue Bibliotecario siendo Decano Ricardo Martínez Moya y los periódicos regionales fueron testigos de su gran preocupación por los problemas sociales. Nieto, hijo, hermano y padre de abogados, no cabe duda de que Felipe acertó a la hora de elegir profesión porque fue muy feliz ejerciéndola.

Como profesor de la Facultad de Derecho quiero destacar la gran vocación docente de Felipe. A lo largo de muchos años fue profesor de la Escuela de Práctica Jurídica y de la Facultad de Derecho. Son innumerables las personas que disfrutaron de su magisterio tanto cuando cursaban sus estudios como cuando ejercían profesionalmente.

A la hora de elegir un tema sobre el que escribir decidí que los arrendamientos rústicos era el apropiado dado que era muy del gusto de Felipe. En su día él escribió una monografía titulada “Derechos de los arrendatarios rústicos y urbanos en la gestión urbanística”, prologada por mi querido maestro Antonio Reverte Navarro y fruto de la tesis doctoral que Felipe había realizado bajo la codirección de Encarna Serna Meroño y Antonio Reverte. Felipe y yo habíamos hablado muchas veces de los arrendamientos rústicos y de su importancia para nuestra Región de Murcia. En nuestras conversaciones hablamos de Mariano Ruiz Funes y de su libro Derecho consuetudinario y economía popular de la provincia de Murcia, publicado por la Academia Alfonso X El Sabio y prologado por Joaquín Cerdá Ruiz-Funes, Catedrático de Historia del Derecho y sobrino de Mariano Ruiz Funes. También de Antonio Pérez Crespo y de su libro Usos y costumbres en la aparcería de la provincia de Murcia, editado por la Universidad de Murcia y prologado por otro de mis queridos maestros, el profesor Juan Roca Juan.

La legislación sobre arrendamientos rústicos ha estado muy influida por la situación política del momento y de todos es sabido que Felipe Ortega Sánchez era una persona muy interesada por las vicisitudes histórico-políticas y su influencia en el derecho en general y, de manera muy destacada, en el ámbito de los arrendamientos rústicos.

## I. PLANTEAMIENTO

Aunque este trabajo tiene como objeto llevar a cabo una breve síntesis de cómo ha evolucionado la legislación especial de arrendamientos rústicos en España, es conveniente hacer una referencia a su regulación en el Código Civil

Parece que lo QUE impulsó a los legisladores a situar el arrendamiento detrás de la compraventa fue el que después de ésta el arrendamiento es el contrato de uso más frecuente, siguiendo la misma sistemática del Digesto<sup>1</sup>.

En aquellos tiempos, Sánchez Román <sup>2</sup> decía que no todos los hombres son propietarios de las cosas que necesitan, ni pueden adquirirlas por compraventa; ni todos los propietarios de ellas pueden cultivarlas o utilizarlas directamente por sí. El arrendamiento es la forma jurídica que representa el uso de las cosas que no podemos adquirir en propiedad.

En la triple división de las relaciones arrendaticias: arrendamiento de cosas, de obras y de servicios, el legislador del Código Civil siguió a otros Códigos extranjeros, sobre todo el francés, y tuvo en cuenta los preceptos del Derecho español anterior a él como por ejemplo la legislación de Partidas, Leyes Hipotecarias y Procesal Civil, si bien estas últimas de forma metódica<sup>3</sup>.

Como es sabido, el Código Civil regula los arrendamientos en el Libro IV, Título VI, artículos 1542 a 1603; los arrendamientos rústicos están incluidos en el Capítulo II, De los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, Sección tercera, Disposiciones especiales para los arrendamientos rústicos, artículos 1575 a 1579.

El Código Civil siguió la línea tradicional de nuestro ámbito cultural plasmada en el Código Francés de distinguir entre arrendamientos rústicos y arrendamientos urbanos, y que arranca del derecho romano. Doctrinalmente<sup>4</sup> se mantiene que la causa que motivó la aparición en Roma del colonato o arrendamiento rústico fue la intentar que las tierras públicas fueran cultivadas.

Históricamente se mantuvo que entre las clases de arrendamientos es en los rústicos donde más se observaba la contraposición de intereses y propietarios. Al respecto, Gumersindo de Azcárate<sup>5</sup> destacó en su Historia del Derecho de Propiedad que la cuestión más grave entre las que entrañaba el problema social era la referente a las relaciones entre el capital y el trabajo, en general, y, más especialmente, entre los propietarios de la tierra y los cultivadores.

---

1 PUIG PEÑA, F., voz arrendamientos, en Nueva Enciclopedia Jurídica, 2, 1950, pág. 528. ROCA JUAN, J. Voz Arrendamiento de Fincas Rústicas, en Nueva Enciclopedia Jurídica 2, 1950, pág. 850 y ss.

2 SÁNCHEZ ROMÁN, F. Estudios de Derecho Civil, 1899. pág. 737.

3 ULZURRUM Y ORNE, C., Tratado legal de las obligaciones y contratos o Exposición de los principios del Código Civil sobre ellos; 1893, pág. 322.

4 CORBELLA, A. El Código Civil Español, 1889, pág. 75.

5 DE AZCARATE, G. Ensayo sobre la Historia del Derecho de Propiedad y su estado actual en Europa, 3, 1883, págs. 275 y ss.

De la regulación que el Código Civil dedica a los arrendamientos rústicos sorprendió los pocos artículos que dedicó a la regulación de un problema con tanta trascendencia social a la que otros Códigos Civiles dedicaron bastantes más artículos<sup>6</sup> La circunstancia de que el Proyecto de Código Civil de 1851 empleó pocos artículos en la regulación del problema y que el legislador reguló ampliamente los arrendamientos en general, determinó que la regulación de los arrendamientos rústicos fuese escasa. A destacar que el Código Civil incluyó en el artículo 1579 el contrato de arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles o industriales o remitiendo para su regulación al contrato de sociedad, a las estipulaciones de las partes y, en su defecto, a la costumbre de la tierra Albaladejo<sup>7</sup> resume muy acertadamente las disposiciones del Código Civil referentes a los arrendamientos rústicos que se refieren a tres puntos concretos: duración del contrato, posible rebaja de la renta y facilitación recíproca de labores entre quien entra y quien cesa.

## II LA APARICION DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

### 1. Circunstancia en la que aparece

Mucho antes de la entrada en vigor del Código Civil, se legisló en materia de arrendamientos rústicos. Así la Ley de 8 de junio de 1813 declara que queriendo las Cortes Generales extraordinarias proteger el derecho de propiedad decretan sobre una serie de aspectos. Así se ocupa de la renta, de las obligaciones de los herederos de las partes, de los arrendamientos en los que no se haya pactado plazo, de la venta de los productos obtenidos en los arrendamientos de tierras o de la caza y pesca, y de otros aspectos. Respecto a la finalización establecen que los arrendamientos de tierras o de dehesas o cualesquiera otros predios rústicos por tiempo determinado fenecerán con éste sin necesidad de mutuo desahucio y sin que el arrendatario de cualquier clase pueda alegar posesión para continuar contra la voluntad del dueño. El Real Decreto de 6 de septiembre de 1836 restableció la vigencia de dicha Ley.

Por lo respecta al Código Civil, Federico de Castro<sup>8</sup> señala que el Código Civil al tomar como base el Proyecto de Código Civil de 1851, y por lo tanto los Códigos Civiles francés, italiano y holandés, les sigue en su articulación y contenido de una manera clara. El individualismo, sigue diciendo De Castro, se manifiesta ampliamente en el derecho patrimonial, especialmente en el arrendamiento de servicios, y en el régimen de la propiedad. Por haber nacido a finales de siglo siguiendo pautas de Códigos elaborados bastantes años antes, no

---

6 El Código Civil francés dedicó a los arrendamientos rústicos desde el artículo 1763 a 1778 tras haber empleado desde 1763 a 1778 tras haber empleado desde el artículo 1714 a 1751 para las reglas comunes de los arrendamientos rústicos y urbanos. COBACHO GÓMEZ, J.A., La regulación de los arrendamientos rústicos en el Código Civil, 1989, pág. 80

7 ALBALADEJO, M. Compendio de Derecho Civil, 1976, pág. 262

8 DE CASTRO Y BRAVO, F. Derecho Civil de España, 1, 1949, pág. 207.

podía ser avanzado desde el punto de vista social al igual que no lo era desde el punto de vista técnico.

Desde el punto de vista de los arrendamientos rústicos, la necesidad de llevar a cabo alguna reforma en el articulado del Código que permitiera a éste estar más en consonancia con las nuevas orientaciones sociales no se hizo esperar. Así, en la Gaceta de 16 de junio de 1905 se publicó un Real Decreto del mismo mes en el que se autorizaba al Ministro de Gracia y Justicia para presentar a las Cortes un Proyecto de Ley reformando los artículos 1579 y 1768 del Código civil, concernientes a la aparcería, al igual que el artículo 1565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la Exposición de Motivos de este Proyecto se justificaba el por qué de la modificación de aparcería; se decía que era una manifestación generalizada de la explotación agrícola que puede servir para solucionar la cuestión social relacionada con la agricultura, por la coincidencia del capital y del trabajo en una acción común.

En el Proyecto de Ley se decía que el arrendamiento por aparcería de predios rústicos se regiría por las estipulaciones de las partes y, en su defecto, por las reglas de esta sección y la costumbre locales. Las aparcerías pecuarias y las de establecimientos fabriles e industriales se regulaban aparte<sup>9</sup>.

El Proyecto de Ley no se llegó a aprobar, la aparcería agrícola se reguló posteriormente por la Ley de 15 de marzo de 1935 de Arrendamientos Rústicos, pero la aparcería pecuaria continuó rigiéndose por el artículo 1579 del Código Civil.

## **2. El Real Decreto de 6 de marzo de 1926**

La primera disposición que abre paso a una prolija regulación sobre los arrendamientos rústicos posterior al Código Civil es el Real Decreto de 6 de marzo de 1926 que tenía 3 artículos y que estaba destinada a modificar el párrafo tercero del artículo 1569 del Código Civil que preveía el desahucio del arrendatario por infracción de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato. Al igual que el Proyecto de Ley de 1905, que ya se ha comentado, este Real Decreto contenía una Exposición de Motivos muy significativa en la que se decía que con el fin de resolver los problemas de alimentación y abastecimientos públicos, no se puede dar al artículo 1569 párrafo tercero un sentido muy rigorista que impida a la industria agrícola la realización de experimentos con nuevos sistemas de cultivo aconsejados por la ciencia. Consecuentemente los pocos articulados del Real Decreto disponen que no se considera incumplimiento las experiencias agronómicas que se lleven a efecto con fines de demostración de modernos sistemas de cultivo y excluyen como causa de desahucio la adopción de nuevas rotaciones de cultivo ya admitidos.

Se empezaba a producir un cambio en el ámbito del arrendamiento rústico motivado porque la jurisprudencia de la Sala de lo Civil había dictado las Sentencias de 29 de diciembre de 1904, de 25 de noviembre de 1905 y de 2 de noviembre de 1908 que restringían la acción de desahucio a los casos en los que había negligencia, dolo o culpa. También porque

---

<sup>9</sup> GOMEZ LAPLAZA, C., la aparcería agrícola en la Ley de Arrendamientos Rústicos (Fuentes y concepto legal), Tecnos, 1988. Págs. 22 y ss. COBACHO GOMEZ, J.A., La aparcería agrícola, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1982, pág. 669.



en Francia ya existía legislación especial arrendaticia así las Leyes de 18 de julio de 1889, de 8 de febrero de 1897 y de 25 de junio de 1902.

### **3. El Real Decreto de 21 de noviembre de 1929.**

El Real Decreto de 21 de noviembre de 1929 contenía en sus 23 artículos una regulación minuciosa e importante en la evolución de las relaciones de los arrendadores y arrendatarios. La Exposición de Motivos de este Real Decreto sirve para entender el por qué de la reforma. Se argumenta que no podía el Gobierno desatender una petición que viene siendo formulada reiteradamente ante los poderes públicos: la reforma de los preceptos legales reguladores de los contratos de arrendamientos de fincas rústicas. Al respecto se dice que los propietarios y arrendatarios no tuvieron hasta ahora otro campo de acción que los artículos del Código Civil cuya rigidez, en muchos casos, impedía el acercamiento de las partes contratantes y dificultaba la mutua inteligencia. El sentido social que hoy impera en las legislaciones no podrá estar ausente de la española en materia de arrendamientos de fincas rústicas. Se ha cuidado, sigue diciendo la Exposición de Motivos, de armonizar en su solución los intereses legítimos del que cultiva y avalora con su esfuerzo la tierra ajena, con el derecho de propiedad, fundamento de toda organización económica que no quiere degenerar en anarquía. En un intento de armonizar intereses, puesto que la situación de los arrendatarios es la de una clase inferior a la de los propietarios, ya que mientras el propietario se limita a entregar la cosa y mantenerla en estado de servir, las obligaciones del arrendatario son innumerables.

Del Real Decreto de 21 de noviembre de 1929 sorprende que mientras el Código Civil dedica 5 artículos para regular los arrendamientos rústicos, el Real Decreto citado tiene 23 artículos.

En él, el principio de autonomía de la voluntad queda seriamente resquebrajado, puesto que el artículo 2 establecía que lo contratantes podían establecer libremente las cláusulas y condiciones del contrato, siempre que no contradigan ni se opongan a las normas de carácter imperativo del Decreto, igual que en el Código Civil en el artículo 1255. El artículo 4 establece una renta limitada fijada en relación con la comarca para fincas o cultivos análogos, en función de la producción de la finca y el valor de los frutos, y se posibilita al contratante que se considere perjudicado al pedir la anulación del contrato. Las mejoras son objeto de una regulación minuciosa en varios artículos. Respecto a la forma del contrato, el artículo 19 prescribe que los contratos han de ser inscritos para poder acogerse a los beneficios que otorga el Real Decreto. No se establece la nulidad de los contratos que no se inscriban sino que la inscripción se convierte en un requisito previo para acogerse a los beneficios que el Real Decreto acordaba. De Buen y Bonet<sup>10</sup> destacan que este Real Decreto surgió como consecuencia de las duras críticas que recibió el Código Civil en importantes campañas de prensa que motivaron proposiciones de ley que no fructificaron. En cuanto a su contenido el Real Decreto fue en algunos aspectos precursor de la Ley de 15 de Marzo de 1935.

---

10 DE BUEN, D. Y BONET, F. Derecho civil Común y Foral, 2, 1940, pág. 103

### III. LA LEY DE 15 DE MARZO DE 1935 DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.

Durante la Segunda República se dictó la Ley de Reforma Agraria de 15 de septiembre de 1932 que en su Base 22 decía “Asimismo, los arrendamientos y las aparcerías serán objeto de otra ley, que se articulará con sujeción a los preceptos siguientes: regulación de las rentas, abono de mejoras útiles y necesarias al arrendatario, duración a largo plazo, derecho de retracto a favor del arrendatario en caso de venta de la finca; estableciendo como causa de desahucio la falta de pago o abandono en el cultivo. Tendrán derecho de opción y preferencia los arrendamientos colectivos, prohibiéndose el subarriendo de fincas rústicas. Para los efectos de esta ley serán considerados como arrendamientos los contratos en que el propietario no aporte más que el uso de la tierra y menos del 20 por 100 del capital de explotación y gastos de cultivo”.

Acerca de la necesidad de llevar a cabo la reforma agraria había un acuerdo tácito en la sociedad española en los tiempos de la Segunda República. Se admitía por todos la distribución más justa de la tierra, asegurando en ella el arraigo de las familias que la trabajaban y evitando el latifundismo<sup>11</sup>.

El problema se suscitó en cuanto al modo de llevar a cabo esa reforma agraria porque había dos tendencias. Para la primera de ellas se debía llevar a cabo la expropiación de las grandes fincas por causa de utilidad social y las formaciones con ella de un sistema de pequeños patrimonios familiares indivisibles, inalienables e inembargables que fuesen capaces de asegurar el sostenimiento de una familia. Para la segunda tendencia el medio para llevar a cabo la reforma no era la expropiación sino el contrato de arrendamiento. A través de una nueva legislación que permitiera la permanencia del colono durante períodos racionales en los que pudiera realizar mejoras, justa revisión de la renta, derecho de retracto al cultivador. Se potenciaría la aparcería porque se pensaba que era la fórmula más justa de aprovechamiento de tierra ajena, se volvía de esta forma a ideas tradicionales y a aceptar algunas doctrinas pontificias<sup>12</sup>.

Según Castán,<sup>13</sup> la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 estaba presidida por tres criterios que establecen sus orientaciones: a) El viejo principio de la autonomía de la voluntad es limitado. Sus disposiciones son imperativas para los contratantes. Se condiciona el subarriendo, la renta y la duración mínima. b) Todas las disposiciones están orientadas a la protección del arrendatario. Así las mejoras, retracto, condonación de la renta. c) Se intenta conseguir el interés económico social a través de la conciliación del interés de las partes y se tiene en cuenta el interés familiar.

La Ley de 15 de marzo de 1935 tenía 65 artículos, tres disposiciones adicionales y cuatro disposiciones transitorias. El Reglamento de la Ley es de 27 de abril de 1935. Hay que señalar que durante la Segunda República los arrendamientos rústicos fueron uno de los temas

---

11 MALEFAKIS, E., Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX, 1976.

12 DE COSSIO, A., Instituciones de Derecho Civil, 1, 1977, pág. 403-

13 CASTAN, J., Derecho Civil Español, Común y Foral, 4, revisada por FERRANDIS VILELLA, J., 1977, pág. 392.

preferidos para la actividad legislativa y reglamentaria. Al respecto caber señalar muchas disposiciones sobre la prohibición de ejercitar la acción de desahucio fuera de ciertas hipótesis excepcionales, sobre arrendamientos colectivos, sobre revisión de rentas y sobre jurisdicción en materia de arrendamientos confiada a los denominados Jurados Mixtos de la Propiedad Rústica.

#### **IV. LEGISLACIÓN POSTERIOR A LA LEY DE 15 DE MARZO DE 1935**

##### **1. La Ley de 28 de junio de 1940**

Aunque se aprobó alguna disposición como el caso de la Ley de 26 de diciembre de 1939 sobre arrendamientos forzosos a favor del Instituto Nacional de Colonización, la norma más importante que debe destacarse tras la Ley de 1935 es la Ley de 28 de Junio de 1940 sobre vigor y modificación de la Ley de 15 de marzo de 1935 que tenía 7 artículos y ocho Disposiciones Transitorias. En su Preámbulo dice que desaparecidas las circunstancias que aconsejaban someter a restricción la contratación arrendaticia y su desenvolvimiento, es conveniente restituir a la misma el grado de libertad compatible con la naturaleza que en la actualidad tiene el contrato de arrendamiento y que está operando transformaciones sustanciales en el concepto clásico del mismo.

En la Ley de 28 de junio de 1940 se puso de manifiesto que el legislador al igual que hizo en la Ley de 1935 tenía interés en que las fincas fueran cultivadas directamente por los propietarios. Interés que incluso se manifiesta en aquellos arrendamientos especialmente protegidos en los que el derecho del arrendatario a pesar de su gran protección queda desplazado si el propietario (arrendador) se decidiera a llevar a efecto la explotación directa<sup>14</sup>. El artículo 4 disponía que el arrendador podía disponer de la finca para llevarla en explotación directa siempre que se diera determinadas circunstancias. El artículo 6 aclaraba que la explotación directa era aquella en que el propietario de la finca asumía los riesgos totales de la empresa agrícola, sufragando los gastos a que la misma dé lugar. Parece claro que explotación directa y cultivo directo debían de ser asimilados por lo que el artículo 4 de la Ley de 1940 tenía como antecedente el artículo 11 de la Ley de 1935 que también excluía el derecho de prórroga del arrendatario en el supuesto de que el propietario por sí o por sus familiares se proponga cultivarla o explotarla directamente.

La novedad más importante de la Ley de 28 de junio de 1940 es la regulación contenida en el artículo 7 respecto al cambio de la aparcería en arrendamiento. Según dicho artículo si el propietario no quisiera continuar en aparcería el cultivo agrícola de una finca, podrá el aparcerero optar entre el abandono al propietario del cultivo de la misma o su continuación como arrendatario de una parte de tierra proporcional a su participación con todos los beneficios que le otorga la ley.

Los artículos 11 in fine y 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935 facultaban al propietario para cambiar el arrendamiento por aparcería, por lo que la Ley de 1940 da un giro porque lo

---

14 PEREZ TEJEDOR, M. Y SERRANO MORENO, E., Arrendamientos Rústicos, 1951, pág. 316

que hace es que si el propietario no quisiera continuar en aparcería, podrá el aparcerero optar entre el abandono del cultivo de la finca o su continuación como arrendatario de una parte de la finca.

Como resaltó Campoy García<sup>15</sup> el artículo 7 de la Ley de 1940 advino al ordenamiento jurídico sin la prosapia que le presta cualquier antecedente.

Según Agundez<sup>16</sup> el fundamento de esta conversión había que encontrarlo en la mayor capacidad económica del arrendatario sobre el aparcerero, lo que influirá en el aspecto empresarial para beneficio de la más eficaz explotación y, por tanto, productividad del fundo.

## **2. La Ley de 23 de julio de 1942**

La Ley de 23 de julio de 1942, sobre régimen de arrendamientos y que modificó las leyes de 15 de marzo de 1935 y de 28 de junio de 1940, tenía 13 artículos y siete Disposiciones Adicionales.

En su Preámbulo se decía que en tanto el normal desenvolvimiento de la Economía Nacional no permita acometer, con garantías de acierto, el problema agrario, cuya solución constituye uno de los postulados fundamentales del Movimiento, el Gobierno acude a regular las situaciones jurídicas actualmente planteadas, en cuanto a arrendamientos rústicos se refiere, modificando en lo que estima conveniente la legislación en vigor. Dicha regulación, para ser eficaz, necesariamente ha de adaptarse a las circunstancias del momento tendiendo a evitar que un simultáneo desenlace de relaciones arrendaticias produzca un desequilibrio en la contratación de dicho carácter, con el consiguiente perjuicio para la economía agrícola. En el párrafo final decía que se otorga especial protección a aquellos arrendatarios para los que la tierra constituye un instrumento de trabajo que absorbe su actividad o de sus familiares.

Villar Romero<sup>17</sup> señala que la Ley de 1942 introdujo importantes innovaciones en la regulación de los arrendamientos rústicos. Innovaciones caracterizadas por cuatro notas: 1) Suspensión de la orientación formalista que resplandecía a la Ley de 1935. 2) Fijación del precio o renta no en atención a una suma de dinero, sino al precio del trigo en el mercado, señalado por las organizaciones estatales. 3) Protección al pequeño cultivador directo y personal. 4) Aspiración a solucionar la colisión de derechos entre el arrendatario y el propietario cuando este último desee cultivar directamente la finca arrendada.

Pérez Tejedor y Serrano<sup>18</sup> destacan que en la Ley de 1942 el sentido proteccionista de nuestra legislación se proyecta en principio hacia el cultivador de la finca, abstracción hecha del título que ampare el goce de la misma. Además, acentúa esta protección cuando el cultivador no solamente realiza la explotación agrícola o ganadera, corriendo con los riesgos de

---

15 CAMPOY GARCIA, A., Repercusiones Prácticas del artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 20 de junio de 1940, en Revista General de la Legislación y Jurisprudencia, 1950, pág. 363.

16 AGUNDEZ, A., Examen crítico del artículo 7 de la Ley de 28 de junio de 1940, en Revista de Derecho Privado 41, 1957, pág. 35 y ss.

17 VILLAR Y ROMERO, J.M., Derecho Civil, 1943, pág. 633

18 PÉREZ TEJEDOR, M. Y SERRANO MORENO, E. ob. Cit., pág. 135

ganancias y pérdidas que la misma entraña sino que de modo personal realiza todas las tareas convenientes a la explotación.

La expresión cultivo directo y personal tiene su origen en el Código Civil italiano de 1942 en que el concepto de pequeña industria doméstica y el de cultivador directo y personal están presentes en dicho texto legal.<sup>19</sup>

No cabe duda que el cultivador directo y personal era una figura jurídica que supuso un paso más en el intento de regular correctamente los intereses en juego en los contratos de arrendamientos rústicos, teniendo en cuenta la necesidad de dotar la estabilidad y de sustantividad propia a aquellos sujetos que llevaban a cabo una actividad económica agraria con su propio trabajo y el de su familia.

### **3. La Ley de 15 de julio de 1954**

La Ley de 18 de marzo de 1944 reguló las condiciones para el desahucio por recabar la finca al propietario para el cultivo directo y personal. La Ley de 18 de diciembre de 1946 se ocupó de los contratos de cesión del suelo para viña, olivar y otras plantaciones; conversión en arrendamiento. La Ley de 17 de julio de 1953 se dictó para cuestiones de competencia y jurisdicción.

La Ley de 15 de julio de 1954 sobre prorrogas rentas y acceso a la propiedad tenía 13 artículos. En el Preámbulo se dice que la necesidad de corregir los errores provocados por la subversión política que padeció el campo durante los años 1931 a 1936; los daños materiales producidos durante la Guerra de Liberación y las dificultades de todo orden que se oponían a la recuperación de nuestra agricultura, unidas al espíritu de justicia social inspirador de nuestro Movimiento, han venido a consolidar durante cerca de quince años una posición jurídica de excepción que ha tipificado, a través de una serie de leyes, el llamado arrendamiento protegido.

Como resaltó Gullón<sup>20</sup> la Ley de 1954 fue un nuevo peldaño en la regulación de los arrendamientos rústicos. La Ley de 1935 afrontó la regulación del contrato, la Ley de 1940 modificó en algunos puntos la Ley de 1935, la Ley de 1942 introdujo el arrendamiento protegido y la Ley de 1954 creó la figura del arrendamiento especialmente protegido.

Así pues, eran ya tres las categorías que existían en la legislación especial: el arrendamiento: el arrendamiento normal, el protegido y el especialmente protegido. Estos últimos eran los que reuniendo las mismas características que los protegidos se conciertan con anterioridad a la Ley de 1942.

La doctrina de la época<sup>21</sup> creyó ver en el acceso a la propiedad de los arrendatarios previsto por la Ley de 1954 un desarrollo legal de lo establecido como principio general por

---

19 DE COSSIO, A. Y RUBIO, C. Tratado de arrendamientos urbanos, 1949, pág. 276

20 GULLÓN, A., Curso de Derecho Civil. Contratos en especial, 1972, pág. 192.

21 FUENTES LOJO, J., La reciente Ley de 15 de julio de 1954 sobre regulación de los arrendamientos rústicos protegidos y sus disposiciones complementarias, en Revista Jurídica de Cataluña, 1956, pág. 51 GALÁN GALÁN, A., Arrendamiento y dominio en la Ley de 15 de julio de 1954, en Información Jurídica, 1954, pág. 911.

algunas Leyes Fundamentales del régimen anterior; así el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938, en su declaración sexta del Título V aludía expresamente a los arrendatarios y decía que era aspiración del Estado arbitrar los medios conducentes para que la tierra, en condiciones justas, pase a ser de quienes directamente la explotan.

El artículo 3 de la Ley de 1954 establecía que el colono que se hallase al corriente en el pago del canon arrendaticio, podrá durante todo el tiempo de la prorrogación establecida en el artículo primero y siempre que el arrendador o la persona subrogada en sus derechos no hubiese recabado la entrega del predio para su cultivo directo y personal, ejercitar el derecho de acceso a la propiedad del mismo, avisando al arrendador de su propósito en tal sentido con seis meses de antelación al término del año agrícola correspondiente y satisfaciéndole al contado, dentro de dicho plazo, una cantidad en numerario equivalente al resultado de capitalizar al dos por ciento el valor de la cantidad de trigo por la que en el año agrícola 53-54 se module la renta al precio fijado para dicho cereal.

## **V. EL REGLAMENTO DE 29 DE ABRIL DE 1959 DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.**

El Decreto de 29 de abril de 1959 en su Preámbulo dice que desde la promulgación de la Ley de 28 de junio de 1940, modificando la de 15 de marzo de 1935, modificando la de 15 de marzo 1935 sobre arrendamientos rústicos, el legislador se ha visto obligado a dictar múltiples disposiciones sobre esta materia para atender a las diferentes necesidades que fueron surgiendo, proceso que culmina con la Ley de 15 de julio de 1954, a la que han seguido diversos preceptos reglamentarios.

Según dicho Preámbulo es evidente que no llegado el momento de promulgar una nueva Ley que regule el disfrute y cultivo de la tierra ajena de forma más acorde con la tendencia económica y social del momento presente. La potestad del Gobierno de dictar disposiciones normativas es lo suficiente para permitirle la publicación de texto refundido sin una nueva norma de producción, siempre que éste no contraría el respeto debido a la jerarquía de las disposiciones.

También se dice en el Preámbulo que la sistematización de las normas sigue la pauta de la Ley Básica de 15 de marzo de 1935, al orden de cuyo se ajusta en lo posible el Reglamento redactado, bien que con las interpolaciones y rectificaciones que ha demandado la vigencia de los preceptos que la modificaron o complementaron.

El Decreto de 29 de abril de 1959 tenía 109 artículos y era un texto refundido de las disposiciones anteriores. Debe resaltarse que el artículo 1 del Reglamento exigía que todos los contratos de arrendamientos rústicos se sometieran a él sin que se permitiera que sus normas pudieran ser modificadas por pactos de los contratantes. Esta legislación tenía el carácter de *ius cogens* por lo que, como decía Roca Juan<sup>22</sup>, eran ineficaces los acuerdos de las partes contratantes para dejar de cumplir los preceptos legales, e igualmente irrenunciables las dis-

---

22 ROCA JUAN, J., *op.cit* , pág. 857

posiciones tutelares de carácter social, porque la libertad de contratación queda limitada por la dirección de carácter social protectora del arrendatario. Cumple, por tanto, el arrendamiento una importantísima función económica que trasciende más allá de la simple composición o conciliación de los intereses privados de los contratantes. La llamada cuestión agraria o problema de la tierra, concluye Roca Juan, es una constante preocupación en todos los países y el régimen de los contratos agrarios fundamental para la economía nacional.

El Reglamento de 1959 estableció el principio de libertad de las partes en cuanto a la duración del contrato pero fijó un tiempo mínimo de duración. Al respecto el artículo 9 marcó unos mínimos de duración según la cuantía de la renta y según el aprovechamiento de la finca. Dicha medida se enmarcó en la tendencia legislativa a ampliar el término de los arrendamientos de fincas rústicas, entendiéndose que los de corta duración no son beneficiosos para la economía agraria. Junto a la medida de fijar un mínimo de duración del contrato, el legislador dispuso que el arrendatario tendrá derecho a prórroga por propia voluntad por períodos de tiempo según el tipo de arrendamientos de que se trate. Como destaca Ballarín<sup>23</sup> la prórroga obligatoria fue la gran novedad implantada por la legislación a partir de la Ley de 1935, pero arrancando de precedentes anteriores.

## **VI. LA LEY DE 31 DE DICIEMBRE DE 1980 DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.**

La Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos tenía 137 artículos, dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Adicional y una Final.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, que luego no fue incluida en el texto definitivo de la Ley, se refirió a una serie de objetivos de dicho texto legal. Entre ellos cabe destacar: se reconoce la importancia del arrendamiento rústico para aumentar la productividad del sector agrario y hacer posible el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles en cuanto permite seleccionar en cada momento al empresario más idóneo; se alude a los defectos de la legislación precedente que ha creado inseguridad entre los arrendadores y arrendatarios; se propone fomentar el arrendamiento como institución; se refiere a que el arrendatario sea un profesional de la agricultura para que se creen explotaciones dirigidas por empresarios que, estando dispuestos a consagrarse al cultivo de la tierra, carecen de medios económicos para adquirirlas; se facilita la realización de mejoras por parte del arrendatario; el objeto básico a lograr no es el cambio en la propiedad, sino la estabilidad de la empresa agraria; no se formula una legislación detallista de la aparcería y uniforme que sería inviable por la base consuetudinaria que conlleva a que se presente en múltiples variedades.

La novedad más importante que introdujo la Ley de 1980 fue el establecimiento del requisito de la profesionalidad para los arrendatarios rústicos. Al respecto el artículo 14-1 disponía que sólo pueden ser arrendatarios y, en su caso, subarrendatarios de fincas rústicas los profesionales de la agricultura. Según el artículo 15 se entendía por profesional de la agricultura a los efectos de esta Ley la persona mayor de edad o emancipada que se dedique o vaya a dedicarse a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa

---

23 BALLARIN MARCIAL, A., Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria, 1975, pág. 708.

de la explotación, como agricultor profesional. También se consideraban profesionales las sociedades cooperativas agrarias, las sociedades agrarias de transformación, las entidades y organismos de las Administraciones Públicas.

El requisito de la profesionalidad se introdujo en la Ley de 1980 por influencia del derecho italiano. Como dice Carrara<sup>24</sup> el arrendamiento de fundo rústico es en derecho italiano el más importante de los contratos de arrendamientos de bienes productivos. El arrendatario debe desarrollar su gestión en conformidad con el destino económico del fundo y el interés de la producción. En cuanto que titular de una actividad económica organizada dirigida a la producción, el arrendatario es empresario<sup>25</sup>.

La Ley de 1980 también introdujo el arrendamiento parciario en el artículo 101 para aquellos casos en que cuando se ceda la tierra a cambio de una participación en los productos que se obtengan de la misma, si el cedente no aporta, además de la tierra, el ganado, la maquinaria y el capital circulante o lo hace en proporción inferior al 25 por 100, el contrato se considerará de arrendamiento parciario y se regirá por las normas establecidas para el arrendamiento con ciertas modificaciones.

El legislador de la Ley de 1980 consideró correctas las exigencias planteadas por la Ley de Reforma Agraria de 1932 en su Base 22 en cuanto al capital de explotación y gastos de cultivo que debía aportar el cedente para que se considerara el contrato de aparcería y, de no ser así, el contrato se consideraría de arrendamiento parciario<sup>26</sup>.

La Ley de 1980 reguló muy ampliamente el contrato de aparcería dado que le dedicó el Título II integrado por los artículos 102 a 120.

## **VII. LA LEY DE 12 DE FEBRERO DE 1987 DE PRORROGA Y ACCESO A LA PROPIEDAD DE DETERMINADOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.**

La Ley 1/1987, de 12 de febrero, por la que se prorrogan determinados contratos de arrendamientos rústicos y se establecen plazo para el acceso a la propiedad dice en su Preámbulo que estando próximo a expirar el plazo de seis años a que hace referencia la Disposición Transitoria 1ª, regla 3ª, de 1980 de la Ley en cuanto a los denominados arrendamientos históricos, y habiéndose suscitado, por diversas Comunidades Autónomas, entidades y particulares, los graves problemas sociales que en determinadas zonas se producirían si no se adoptan medidas legislativas, se ha considerado oportuno proceder a prorrogar los contratos de arrendamiento incluidos en dicha Disposición y otros cuyas condiciones de cultivo personal aconsejan el darles un trato similar, a fin de que durante dicho plazo puedan arbitrarse las

---

24 CARRARA, G., *I contratti agrari*, 1952, pág. 161. COBACHO GÓMEZ, J.A., *Estudios de Arrendamientos Rústicos*, 1986, págs. 34 y ss.

25 GRAZIANI, A., *Manuale di Diritto Commerciali*, 1945, pág. 15.

26 COBACHO GÓMEZ, J.A., *La aparcería agrícola*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Mayo-Junio 1982, pág. 681



medidas adecuadas en orden a una solución definitiva del problema. Asimismo, se considera conveniente conceder un plazo para el ejercicio del derecho de acceso a la propiedad en aquellos arrendamientos con contratos concertados antes del 1 de agosto de 1942.

Según el artículo único uno de esta Ley de 1987 se prorrogan por un período de cinco años los arrendamientos concertados con anterioridad a la Ley de 15 de marzo de 1935, siempre que el arrendatario sea cultivador personal; y durante ese período se podrá hacer uso del derecho de acceso a la propiedad. Idéntico derecho de acceso a la propiedad podrá ejercitarse en aquellos arrendamientos rústicos regulados en el artículo 99 uno de la Ley de 1980.

## **VIII LA LEY DE 10 DE FEBRERO DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS HISTÓRICOS**

La Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos tenía 4 artículos, dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria y una Disposición Final.

En la Exposición de Motivos se explica que la denominación de arrendamientos rústicos históricos se ha empleado, tradicionalmente, para designar aquellos arrendamientos anteriores al Código Civil y los que se concertaron con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935, siempre que, tanto en uno como en otro caso, el actual arrendatario traiga causa del primitivo arrendatario. No obstante, teniendo en cuenta la Ley de 1980 y la Ley de 1987, se deben considerar como tales los concertados con anterioridad, siempre que la renta hubiera sido regulada por una cantidad de trigo no superior a 40 quintales rústicos y en los que la finca venga siendo cultivada personalmente por el arrendatario.

Según el artículo 2 de esta Ley los arrendamientos rústicos históricos se prorrogan hasta el 31 de diciembre de 1997. El arrendatario hasta esa fecha podrá ejercitar el derecho de acceso a la propiedad de fincas arrendadas pagando al arrendador como precio de las mismas la cantidad resultante de la media aritmética entre la valoración catastral y el valor en venta actual de varias fincas análogas por su clase y situación en el mismo término municipal o en la comarca. Dicha cantidad será fijada por las Juntas Arbitrales.

## **IX LA LEY DE 4 DE JULIO DE 1995 DE MODERNIZACIÓN DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS**

La Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias se ocupó de los arrendamientos rústicos. La Exposición de Motivos dice que por lo que respecta al arrendamiento de tierras, se pretende superar la rigidez actual del mercado mediante la modificación de los plazos y prórrogas previstos en la normativa vigente. La reducción de la duración mínima de los arrendamientos es más acorde con la frecuencia con que se vienen produciendo los cambios en la agricultura actual y puede permitir un sustancial incremento de la oferta de tierras a arrendar, así como un mercado más ágil y abierto.

En la Exposición de Motivos también se dice que el Título III de la Ley contiene dos preceptos relativos a los arrendamientos rústicos. Por el primero de ellos (se refiere al artículo

28, intitulado duración y supresión de prórrogas legales) se establece la duración mínima de los contratos de cinco años, suprimiéndose las prórrogas legales que determina el artículo 25 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, con la finalidad de conseguir una movilidad en el mercado de la tierra. Todo ello afectará tan sólo a los contratos de arrendamiento que se celebren con posterioridad a la entrada en vigor de la presente ley. El segundo precepto (se refiere al artículo 29, intitulado, incentivos a los arrendamientos de mayor duración) establece la concesión de incentivos económicos al arrendador, cuando el contrato contemple una duración igual o superior a los ocho años, siempre que el arrendamiento se destine a la constitución o consolidación de explotaciones primitarias.

La Exposición de Motivos se refiere también a la modificación de la Ley de Arrendamientos Rústicos en lo concerniente al concepto de profesional de la agricultura. Al respecto la Disposición Final Primera modificó el artículo 15 de la Ley de 1980 considerando profesionales de la agricultura a las personas mayores de edad o emancipadas, las sociedades cooperativas agrarias, las sociedades agrarias de transformación y a determinadas entidades y organismos de la Administración Pública.

Domínguez Luelmo<sup>27</sup> señala que la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 1995 supuso para los arrendamientos rústicos lo mismo que para los arrendamientos urbanos el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril. Con la supresión de la prórroga forzosa en los arrendamientos de vivienda y locales de negocio dejó de tener sentido todo el complejo régimen previsto en la legislación arrendaticia urbano de 1964, prescindiéndose de cualquier idea protectora de los derechos del arrendatario en aras de un planteamiento netamente liberal.

## **X. LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2003.**

La Exposición de Motivos de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos declara que la Constitución Española de 1978 en su artículo 130-1 encomienda a los poderes públicos la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles. En consecuencia, el establecimiento de una adecuada regulación de los arrendamientos rústicos, en cuanto coadyuva a la modernización de las explotaciones agrarias, se convierte no ya en un instrumento de política económica y social, sino en un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos.

La Exposición de Motivos, tras repasar los cambios legislativos operados en España en los últimos años, resalta que en la Unión Europea se están produciendo cambios de gran trascendencia en el pensamiento que inspira la política agrícola común. El desafío fundamental que se plantea es lograr una aumento de la eficiencia de las explotaciones, que compense posibles pérdidas de renta a agricultores y ganaderos. Generalmente se estima que ello requiere explotaciones mucho mayores que las actuales, en términos de superficie y de rendimientos, y, sobre todo, una dinamización del mercado de la tierra. Y es aquí donde aparece

---

27 DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, 2004, pág. 10.

el instrumento arrendaticio como uno de los más indicados para lograr nuevas tierras que los agricultores con vocación de permanencia puedan agregar a las suyas.

La Exposición de Motivos también dice que las estimaciones realizadas apuntan a que en el próximo decenio abandonarán la actividad agraria entre 400.000 y 500.000 explotaciones que liberaran alrededor de cuatro millones de hectáreas, que teóricamente quedarán disponibles para su incorporación a otras explotaciones, normalmente bajo la forma de arrendamiento. Por ello resulta necesaria una revisión de su régimen jurídico, que aumente su eficacia y permita canalizar las superficies liberadas al rendimiento o mejora de las explotaciones con mayores perspectivas de futuro, ya que en principio no cabe esperar que la reestructuración transcurra a través de la compra de tierras, dado su elevado precio.

En definitiva, concluye la Exposición de Motivos, la orientación fundamental que inspira la ley es lograr una flexibilización del régimen de arrendamientos rústicos en España, siguiendo la senda abierta en 1995 por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias. Esta Ley reformó la de 1980, en lo que se refiere a la duración de los arrendamientos suprimiendo las prórrogas legales y estableciendo un nuevo plazo de duración mínima, de 5 años, frente a los 21 a que daba lugar la anterior regulación. La consecuencia fue una revitalización de los arrendamientos rústicos. Durante los años 90 se registra así, una fuerte expansión del arrendamiento, con un aumento de 2,3 millones de hectáreas. La nueva ley profundiza en esta dirección.

La Ley de 2003 tiene 34 artículos, cuatro Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria Única y tres Disposiciones Finales.

Según Pasquau Liaño<sup>28</sup> la política agraria (la mundial, la europea y la española) ha dado un nuevo giro y reclama ahora otras cosas del contrato de arrendamiento que, naturalmente, sigue concebido fundamentalmente no como un instrumento de la libertad contractual, sino como una pieza integrante de esa política; por eso puede decirse que la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003 es un elemento de la política agrícola y del Derecho de las explotaciones agrarias.

Domínguez Luelmo<sup>29</sup> destaca que el punto más polémico de la Ley de 2003 es el relativo a la duración del contrato cuya duración mínima se rebaja de cinco a tres años. Las protestas de los agricultores están motivados porque tres años es un tiempo insuficiente para amortizar los desembolsos que es necesario realizar para dedicarse a las actividades agrarias. Pero, además, hay que tener en cuenta que la mayor parte de las ayudas que se canalizan a los agricultores a través de la normativa estatal y autonómica, al compás de los ritmos que marcan las instituciones europeas, exige generalmente mantener la explotación correspondiente durante un mínimo de cinco años. En suma, los arrendamientos rústicos con una duración de tres años pueden ser un obstáculo importante.

---

28 PASQUAU LIAÑO, M., Ley de arrendamientos Rústicos, Comentarios Doctrinales y Formularios Prácticos, 2006, pág. 21

29 DOMÍNGUEZ LUELMO, A., op. cit., pág. 10

Hay que señalar que en la Ley de 2003 se reduce de manera importante el número de artículos de que consta en comparación con la Ley de 1980. La Ley de 2003 simplifica mucho todo el régimen jurídico del contrato. Lo relativo a gastos y mejoras cambia sustancialmente pues se tiene en cuenta las normas comunitarias sobre mejora de la eficacia de las estructuras agrarias. Se da tratamiento independiente a la figura del arrendamiento de explotación. Desaparecen los derechos de adquisición preferente del arrendatario. Para ser arrendatario no se requiere ser profesional de la agricultura y las personas jurídicas pueden ser arrendatarias sin reunir los requisitos de la Ley de 1980.

La Ley 2003 simplifica mucho todo el régimen jurídico del contrato. Lo relativo a gastos y mejoras cambia sustancialmente pues se tiene en cuenta las normas comunitarias sobre mejora de la eficacia de las estructuras agrarias. Se da tratamiento independiente a la figura del arrendamiento de explotación. Desaparecen los derechos de adquisición preferente del arrendatario. Para ser arrendatario no se requiere ser profesional de la agricultura y las personas jurídicas pueden ser arrendatarias sin reunir requisitos de la Ley de 1980<sup>30</sup>.

La Ley de 2003 reduce y cambia la regulación de la aparcería. Se suprime el arrendamiento parciario y, consiguientemente, la obligación de que el cedente aporte al menos el 25 por cien del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante. Se incide en la aplicación de la normativa laboral y de Seguridad Social en aquellos contratos en que el aparcerero aporte únicamente su trabajo personal y, en su caso, una parte del capital de explotación y del capital circulante que no supere el 10 por 100 del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante. Se regula la aparcería asociativa que se define como aquellos contratos parciarios en que dos o más personas aporten o pongan en común el uso y disfrute distintos elementos para constituir una explotación agrícola, ganadera o forestal o agrandarla.

## **XI LA LEY DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2005 DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS**

La Ley 26/2005, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, en su Exposición de Motivos declara que el objetivo que pretende esta reforma es el de servir de instrumento de movilización de tierras y recursos agrarios para posibilitar el aumento de las explotaciones agrarias viables, y hacerlo en el marco de una agricultura fuertemente tecnificada y para unos activos agrarios que sean profesionales de la agricultura.

En la Exposición de Motivos se insiste mucho en la Política Agrícola Común y en la legislación de la Unión Europea. Al respecto se dice que con el fin de compatibilizar las legislaciones de los Estados con la legislación de la Unión Europea, no sólo en las transposiciones obligadas, sino también en los vectores esenciales que conforman el cuerpo legal comentario, máxime cuando este lo que hace es reflejar las necesidades a las que los avances tecnológicos obligan, la formación y el conocimiento de la actividad agraria se convierte en un elemento esencial, y de ahí se deriva que en la modificación propuesta se obligue a la profesionalidad agraria de los arrendatarios para acceder a ser titulares de un arrendamiento.

---

30 DOMÍNGUEZ LUELMO, A., op.cit, pág. 10

Lasarte<sup>31</sup> comentando el cambio legislativo que supuso la rápida modificación de la Ley de 2003 por la de 2005, dice que aquella supuso aumentar la liberalización de las tierras y el disminuir el contenido imperativo tradicional de la materia. El PSOE, partido que se mostró contrario a la Ley de 2003, planteó rápidamente su modificación.

Pasquau Liaño<sup>32</sup> pone de manifiesto una serie de rectificaciones que lleva a cabo la Ley de 2005 respecto a una serie de opciones controvertidas de la Ley de 2003. Destaca que el plazo mínimo de duración del contrato vuelve a ser de cinco años después de que la Ley de 2003 lo hubiera fijado en tres años. En relación con el tanteo, retracto y adquisición preferente, dice que la ampliación del plazo de duración justifica la recuperación de esos derechos. La Ley de 2003 fomentaba y facilitaba la acumulación de tierras en régimen de arrendamiento y la consolidación de explotaciones agrarias de gran extensión; la Ley de 2005 vuelve a potenciar la figura del pequeño empresario como hacía la Ley de 1980. La Ley de 2003 había suprimido el derecho de subrogación inter vivos en favor del cónyuge o descendientes del arrendatario, la Ley de 2005 recuperó esa posibilidad.

Pasquau Liaño<sup>33</sup> destaca una serie de novedades que introdujo la Ley de 2005. Una de ellas es la desaparición de la causa de extinción del arrendamiento derivada de incremento de valor de la finca arrendada por circunstancias ajenas a lo agrario. También hay medidas de protección del agricultor joven como, por ejemplo, la preferencia del arrendatario que sea agricultor joven para el ejercicio de los derechos de tanteo, retracto o adquisición preferente. Otra medida en la misma línea es la preferencia del heredero que tenga la condición de agricultor joven para suceder mortis causa en el arrendamiento a falta de designación expresa por el arrendatario. La Ley de 2005 también pretende fomentar el cooperativismo ya que permite que sean arrendatarias las cooperativas agrarias y las cooperativas de explotación comunitaria de las tierras.

También hay que señalar que algunas Comunidades Autónomas han dictado leyes sobre arrendamientos rústicos. Así, la ley de 3/1993, de 16 de abril, de Aparcerías y de los Arrendamientos Rústicos Históricos de Galicia. Posteriormente, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia regula los arrendamientos rústicos y las aparcería en los Capítulos I y II del Título VII, De los contratos, en los artículos 99 a 126 y 127 a 146, respectivamente.

La Ley de 1/2008, de 20 de febrero de Contratos de Cultivo de Cataluña regula los arrendamientos rústicos, las aparcerías y, en general, cualquiera que sea su denominación aquellos contratos por los cuales se cede onerosamente el aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal de una finca agrícola.

En suma, no cabe duda de la gran actividad legislativa en materia de arrendamientos rústicos. Desde la aparición de la primera norma de lo que se denomina legislación especial, el Real Decreto de 1926, son innumerables las normas que se han dictado; téngase en cuenta

---

31 LASARTE, C., Principios de Derecho Civil Contratos 2015, pág. 225

32 PASQUAU LIAÑO, M., op.cit., págs. 314 y ss.

33 PASQUAU LIAÑO, M., op.cit, pags 35 y ss.

que no se ha hecho referencia a muchos de Decretos, Ordenes y Resoluciones que hubieran dificultado la lectura de este trabajo.

La denominada “Cuestión Agraria” como expresión utilizada por los expertos para referirse al problema que las distintas reformas agrarias han intentado solucionar a lo largo de la historia con medidas políticas, económicas, sociales y legislativas, impulsadas con el fin de modificar la estructura de la propiedad y producción de la tierra, han tenido un extraordinario instrumento en la legislación sobre arrendamientos rústicos.

## **BIBLIOGRAFIA**

- AGUNDEZ, A., Examen crítico del artículo 7 de la Ley de 28 de junio de 1940, en Revista Crítica de Derecho Privado, 41, 1957.
- ALBALADEJO, M., Compendio de Derecho Civil, 1976.
- BALLARÍN MARCIAL, A., Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria, 1975.
- CAMPOY GARCÍA, A., Repercusiones prácticas del artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 20 de junio de 1940, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1950.
- CARRARA, G., I Contratti agrari, 1952.
- CASTAN, J., Derecho Civil Español, Común y Foral, 4 10ª edición, revisada por FERRANDIS VILELLA, J., 1977.
- COBACHO GÓMEZ, J.A., La aparcería agrícola, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1982.
- COBACHO GÓMEZ, J.A., Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos, 1986.
- COBACHO GÓMEZ, J.A., La regulación de los arrendamientos rústicos en el Código Civil, 1989.
- CORBELLA, A., El Código Civil Español, 1889.
- DE AZCARATE, G., Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa, 3, 1883.
- DE BUEN, D., Y BONET, F., Derecho Civil Común y Foral, 2, 1940.
- DE COSSIO, A., Instituciones de Derecho Civil, 1, 1977.
- DE COSSIO, A. Y RUBIO, C. Tratado de arrendamientos urbanos, 1949.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, 2004.
- FUENTES LOJO, J., La reciente Ley de 15 de julio de 1954 sobre regulación de los arrendamiento rústicos protegidos y sus disposiciones complementarias, en Revista Jurídica de Cataluña, 1955.

- GALAN GALAN, A., Arrendamiento y dominio en la Ley de 15 de Julio de 1954, en Información Jurídica, 1954, en Información Jurídica, 1954.
- GÓMEZ LAPLAZA, C., La aparcería agrícola en la Ley de Arrendamientos Rústicos (Fuentes y concepto legal), 1988.
- GRAZIANI, A., Manuale di Diritto Commerciale, 1945.
- GULLÓN BALLESTEROS, Curso de Derecho Civil. Contratos en especial, 1972.
- LASARTE, C. Principios de Derecho Civil. Contratos, 2015.
- MALEFAKIS, E., Reforma agraria y revolución España del siglo XX, 1976.
- PASQUAU LIAÑO, M., Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios Doctrinales y Formularios 2006.
- PÉREZ TEJEDOR, M. Y SERRANO MORENO, E., Arrendamientos Rústicos, 1951.
- PUIG PEÑA, F., Voz Arrendamiento, en Nueva Enciclopedia Jurídica, 2, 1950.
- ROCA JUAN, J., voz Arrendamiento de Fincas Rústicas, en Nueva Enciclopedia Jurídica, 2, 1950.
- SÁNCHEZ ROMAN, F., Estudios de Derecho Civil, 4, 1899.
- VILLAR Y ROMERO, J.M., Derecho Civil, 1943.
- ULZURRUM Y ORNE, C., Tratado de legal de las obligaciones y contratos o Exposición de los principios del Código Civil sobre ellos, 1893.

## ABUSO DE LA FIGURA DEL CONCURSO CON UN SOLO ACREEDOR

*Andrés Arnaldos Cascales  
María Guevara Cárceles*

### RESUMEN:

*En la práctica no es extraño encontrarnos con concursos en los que la lista de acreedores que se acompaña a su solicitud por el propio deudor contiene una pluralidad de créditos que podrían quedar reducidos en puridad a un único acreedor real, por diversas causas que serán objeto de examen.*

*Este trabajo pretende abordar si cabe considerar lícita la actuación del deudor con un solo acreedor que solicita ser declarado en concurso, con una finalidad claramente distinta a la legalmente prevista, que no es otra que la satisfacción ordenada de los acreedores del deudor, de acuerdo con el principio *par conditio creditorum*; o si, por el contrario, nos encontraríamos ante un uso abusivo de quien utiliza un procedimiento, el concursal, justamente para poner trabas, impedir o condicionar la satisfacción del crédito de su único acreedor. Y ello por la desproporción de medios que supone poner en marcha dicha estructura procesal, con los costes que conlleva, obviando el proceso de ejecución singular, más sencillo y menos costoso, con las consecuencias y limitaciones en el ejercicio de sus derechos a que se somete al acreedor único en el ámbito procedimental del concurso.*

### ABSTRACT:

*In practice it is not unusual to find with bankruptcy cases in which the list of creditors enclosed in the bankruptcy filing made by the debtor itself includes a number of credits which could be, in fact, reduced to a single real creditor, for several reasons which will be examined in this essay.*

*The purpose of this essay is to consider whether it is licit for a debtor with a single creditor to file for bankruptcy, with a goal clearly different than that intended by the law, which is the orderly satisfaction of the creditors of the debtor; as stated by the principle of *par conditio creditorum*; or if, on the contrary, this would constitute an abusive use by those who initiate a bankruptcy procedure specifically to complicate, impede or condition the satisfaction of the credit held by its single creditor. The aforementioned abuse would be caused not merely because a bankruptcy procedure requires the use of means disproportional means and efforts in this case as opposed to recurring to an individual enforcement of the credits, which is simpler and less expensive, but also because for the consequences and limitations to the exercise of rights imposed on the sole creditor within the framework of a bankruptcy procedure.*



## **SUMARIO.**

### **INTRODUCCIÓN.**

1. La pluralidad de acreedores como presupuesto objetivo del concurso de acreedores.
  - 1.1 Tratamiento doctrinal y jurisprudencial anterior a la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, Ley Concursal), del requisito de la existencia de una pluralidad de acreedores para la declaración de concurso.
  - 1.2 Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la exigencia de pluralidad de acreedores para la declaración del concurso tras la entrada en vigor de Ley Concursal.
  - 1.3 Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la exigencia de una pluralidad de acreedores para la declaración del concurso.
2. Ausencia sobrevenida de pluralidad de acreedores durante la tramitación del procedimiento concursal.
  - 2.1 Ausencia sobrevenida por el pago al resto de acreedores o por reunión en un mismo acreedor de todos los créditos contra el deudor.
  - 2.2 Existencia «en apariencia» de una pluralidad de acreedores en el momento de solicitud del concurso.
  - 2.3 Efectos del acuerdo de conclusión del concurso por existir un único acreedor sobre la Sección Sexta del mismo.
3. Principales consecuencias para el acreedor único que se ve sometido al procedimiento concursal.
  - 3.1 Suspensión del devengo de intereses.
  - 3.2 Restricciones del acreedor de su derecho a instar ejecuciones singulares.
  - 3.3 Intervención del Juez concurso y de la Administración Concursal en la gestión del patrimonio del deudor.
  - 3.4 Convenio concursal.
4. Abuso de derecho en el procedimiento concursal.
5. Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN.

Estas líneas se escriben con una finalidad muy concreta: in memoriam de Felipe Ortega Sánchez, abogado hasta las cachas y, “a pesar” de ello, amigo, lo que no todos los que compartimos profesión pueden decir; muchos estarán de acuerdo conmigo en que las cosas ya no son lo que eran. Abogado, Felipe, del que se puede predicar lo que ya dijera el jurista romano Paulo: “Omnis qui defenditur boni viri arbitratu defendendus est”. (Todo el que es defendido ha de serlo conforme al arbitrio de un hombre bueno). Mientras comenzaba mi andadura profesional como “pasante” en un buen despacho de Murcia, de su mano me puse en camino en el ámbito de los arrendamientos urbanos, cuando él oficiaba de Letrado en la Cámara de la Propiedad Urbana de Murcia y no tenía el más mínimo empacho en resolver, y compartir, cualquier duda de las muchas que uno tiene en los albores -aunque menos que ahora-, sin guardarse nada en la recámara. Y de tanto compartir inquietudes y momentos vitales nació una amistad que perduró hasta siempre. Amistad a secas, cariño y apoyo sinceros, sin recovecos. No es necesario decir más.

Inicialmente esa era la materia de este artículo, los arrendamientos de locales de negocio y su duración. Pero la incidencia de lo que pudiera escribir sobre un asunto todavía vivo me hizo inclinarme hacia la prudencia, condicionado también por un cierto pudor. Así las cosas, un simple repaso sobre ciertas prácticas que he visto en los últimos tiempos, que suponen un verdadero abuso del Derecho Concursal, y del derecho, en el sentido que recoge el artículo 7.2 del Código Civil -“la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”- nos llevaron, a María y a mí, a embarcarnos en el tema que enuncia el título de este artículo. Adelanto que no es un tema nuevo, ni anecdótico, pero sí preocupante por lo que apunta de verdadero fraude, en el más prístino significado del término: “Engaño hecho con malicia, con el cual alguien perjudica a otro y se beneficia a sí mismo.” (María Moliner, Diccionario de uso del español, primera acepción). Quizás, en el mejor de los casos, la entrada en vigor de la Ley Concursal y sus primeros pasos dieron lugar a una interpretación a veces extensiva de las consecuencias de la no solicitud de concurso voluntario en un plazo breve y estrictamente aplicado; en otros supuestos, es evidente que el uso del procedimiento concursal incurre, de plano, en ese abuso del derecho al que hemos hecho mención, no sólo y siempre por parte del deudor, también a veces por parte del único acreedor con iguales fines fraudulentos; y, en fin, por qué no decirlo, también comparece, a veces, el interés en el devengo de unos honorarios que, de otra manera, se haría difícil o imposible justificar.

Para no hacer más extensa la introducción -que solo tiene un autor, como es fácil deducir de los tintes personales señalados arriba-, la cuestión, por simple que parezca, se plantea porque el texto legal no contempla expresamente la exigencia de pluralidad de acreedores en el procedimiento concursal y, mucho menos, la Ley Concursal distingue según el momento en el que ponga de manifiesto la existencia de un solo acreedor que pueda predicarse como tal.

Para terminar, diremos, primero, que la exposición tiene un enfoque eminentemente práctico y de ahí que contenga múltiples referencias jurisprudenciales; segundo, que para nada se pretende hacer afirmaciones dogmáticas y, por supuesto, estamos seguros, en tercer y último lugar, de que no hemos descubierto -ni lo hemos pretendido- ningún mediterráneo.

## **1. LA PLURALIDAD DE ACREEDORES COMO PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONCURSO DE ACREEDORES.**

### **1.1 Tratamiento doctrinal y jurisprudencial anterior a la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, del requisito de la existencia de una pluralidad de acreedores para la declaración de concurso.**

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, Ley Concursal), como recuerda la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 29 de abril de 2011, la mayoría de los autores y el Tribunal Supremo «consideraron imprescindible la existencia de una pluralidad de acreedores para la declaración de quiebra o la admisión de la solicitud de suspensión de pagos»<sup>34</sup>.

En este sentido, establece la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de enero de 1984 [RJ 1984\342] que la naturaleza misma y fin de la quiebra no es otro «... que el de sujetar la masa patrimonial de un comerciante, insuficiente para enfrentar todas las deudas que sobre ella pesan, a las responsabilidades económicas contraídas, mediante un proceso de ejecución general, de modo que, si no existe la necesidad de repartir el total patrimonio del deudor entre sus acreedores particulares de la manera justa que el procedimiento universal de quiebra garantiza, porque las reclamaciones individuales, a que, en principio, tienen derecho los acreedores, caben en el activo patrimonial del comerciante, por exceder del montante de ellas, no puede hablarse de situación de quiebra como contenido de una declaración que, si fue hecha en sentido positivo por darse, inicialmente, los condicionamientos externos -en esencia solicitud del legitimado al efecto y sobreseimiento por el comerciante en el pago corriente de las obligaciones contraídas- que la hicieron posible, como acto de apertura del solicitado procedimiento universal, ello no obsta para que esté abierta la discutibilidad del acuerdo declaratorio judicialmente tomado (...) por el cauce de la oposición que, en la llamada quiebra voluntaria, indudablemente puede ser utilizado para impugnar la legalidad de aquella decisión declaratoria o de los presupuestos que la permitieron (...), ya que otra cosa supondría condenar a integrarse en un procedimiento de ejecución universal, vetándoles el singular del que venían asistidos, a los titulares de un interés legítimo apto para usar el que se les niega, sin haberles ofrecido, al menos, ocasión de acreditar, frente al comerciante que instó su propia declaración de quiebra, la inexistencia de los factores objetivos y subjetivos determinantes de aquella declaración»<sup>35</sup>.

En la misma línea se ha pronunciado la denominada «jurisprudencia menor» de las Audiencias Provinciales: entre otros, señala el Magistrado Pedro-José Vela los «Autos de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 25 de enero de 1991 y 19 de octubre de 1995, de Madrid de 19 de septiembre de 1993, de Sevilla de 25 de octubre de 1995 y 26 de enero de

---

34 Resolución de la DGRN de 29 de abril de 2011, en el recurso interpuesto por Ocean Cosmetics, S.L., en liquidación, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Zaragoza a inscribir una escritura de extinción de dicha entidad (BOE núm. 122, de 23 de mayo de 2011).

35 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia de 9 enero 1984. RJ 1984\342. Ponente: Casares Córdoba, Rafael.

1996 [AC 1996, 179], de Badajoz de 15 de noviembre de 1995 [AC 1995, 2238] y de Ávila de 11 de abril de 1997»<sup>36</sup>.

## **1.2 Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la exigencia de pluralidad de acreedores para la declaración del concurso tras la entrada en vigor de Ley Concursal.**

En la vigente Ley Concursal no se formula de forma expresa esta exigencia de existencia de pluralidad de acreedores para que un deudor pueda ser declarado en concurso de acreedores; pese a ello, la necesidad de concurrencia de dicho presupuesto objetivo parece desprenderse del carácter universal de este procedimiento y de la finalidad perseguida con el mismo, que no es otra que la satisfacción ordenada de los acreedores del deudor, de acuerdo con el principio *par conditio creditorum*, lo que ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a asentar de forma reiterada este requisito como presupuesto para la declaración de concurso.

Es esta una cuestión sobre la que, según afirma la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de 6 de marzo de 2011 [EDJ 88799], «existe unanimidad doctrinal», señalando que «la razón de ser y finalidad del procedimiento concursal, que por ello es de carácter colectivo, presupone la concurrencia de una pluralidad de acreedores, y sin esta circunstancia no cabe la declaración de concurso»<sup>37</sup>. No obstante, la Resolución de la DGRN de 29 de abril de 2011 recuerda que «esta interpretación tiene apoyo mayoritario, frente a algún autor que la ha puesto en duda por entender que la existencia de intereses públicos dignos de tutela, harían aconsejable la apertura del concurso también en caso de un solo acreedor. Según esto, la pluralidad de acreedores es una característica natural pero no esencial del procedimiento concursal, de modo que debe éste admitirse también como medio de ejecución universal para satisfacer el derecho de un único acreedor».

En cualquier caso, la mayoría de los autores consideran la pluralidad de acreedores un presupuesto necesario para que pueda declararse a un deudor en situación de concurso, desprendiéndose dicha necesidad, además de las referencias efectuadas por la Ley Concursal a lo largo de su articulado a dicha «pluralidad», de la propia Exposición de Motivos del citado texto legal<sup>38</sup>, que establece en su apartado II lo siguiente: «el nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de «concurso», expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez («Tractatus de concursu», 1616) y de Francisco Salgado de Somoza («Labyrinthus creditorum concurrentium», 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común. No se persigue con ello solamente rescatar

---

36 La pluralidad de acreedores como requisitos del Concurso, BIB 2007/150. Pedro-José Vela. Magistrado Especialista en lo Mercantil. Profesor Asociado de Derecho Mercantil. Universidad de Córdoba. Publicación: Anuario de Derecho Concursal núm. 11/2007. Problemas y Cuestiones. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2007.

37 Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, A 16-3-2011, EDJ 2011/88799, nº 34/2011, rec. 514/2010. Pte.: Garrido Espa, Luis.

38 Resolución de la DGRN de 29 de abril de 2011, en el recurso interpuesto por Ocean Cosmetics, S.L., en liquidación, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Zaragoza a inscribir una escritura de extinción de dicha entidad (BOE núm. 122, de 23 de mayo de 2011).

un vocablo tradicional en la terminología jurídica española, sino utilizarlo para significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones».

Pero, como se ha señalado, este presupuesto necesario, además, puede deducirse implícitamente de numerosos preceptos de la Ley Concursal, destacando, entre ellos, la referencia a la condición de «deudor común» del concursado, exigida legalmente en el artículo 2.1 de la Ley Concursal. Y es que, como apunta la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) en su Auto número 29/2008, de 6 marzo, «esta expresión se refiere lógicamente a la existencia de varios acreedores que tienen en común un solo deudor, el mismo para todos; por lo tanto, si hay un “deudor común” es que existe una pluralidad de acreedores que concurren frente al patrimonio de aquél, cada uno con la legítima pretensión de ver satisfecho su respectivo crédito. Si hubiera un solo acreedor, no habría deudor “común”, sino “deudor” y, por lo tanto, no podría haber concurrencia ni, en consecuencia, concurso»<sup>39</sup>.

Se refiere, además, la citada Ley a los acreedores, en plural, en el artículo 3.1, al otorgar legitimación para solicitar el concurso del deudor a «cualquiera de sus acreedores»; artículo 3.4, que reconoce a los «acreedores del deudor fallecido» legitimación para solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente; artículo 4, aludiendo a la existencia de una «pluralidad de acreedores»; artículo 6.2.4.º, al citar, entre los documentos que habrán de acompañarse a la solicitud de concurso voluntario, una «relación de acreedores»; artículo 19.3, haciendo mención a la existencia de «otros posibles acreedores»; artículo 21.1.5.º, que alude al «llamamiento a los acreedores» que debe contener el auto de declaración de concurso; artículo 21.4, al contemplar entre las obligaciones impuestas a la Administración Concursal la de realizar una comunicación individualizada «a cada uno de los acreedores»; el artículo 36.1, que regula la responsabilidad de los Administradores Concursales frente «a los acreedores»; y los artículos 55.4 y 56.1, al referirse ambos a «los acreedores con garantía real», entre otros, expresiones todas ellas que, como apuntaba el Auto de 25 de mayo de 2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona, «denotan la necesidad de que exista una masa pasiva conformada por varios acreedores concursales. De no existir, no tiene sentido la formación de una masa activa en un procedimiento concursal para satisfacer a un solo acreedor, el nombramiento de administradores concursales para liquidar esa masa patrimonial, un convenio de pago con un solo acreedor, etc.»<sup>40</sup>.

Entre las más recientes sentencias que sostienen la necesaria concurrencia del presupuesto de existencia de una pluralidad de acreedores para la declaración de concurso, cabe citar la número 513/2016, de 4 de octubre, de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) [JUR 2016\264075], y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), número 319/2016, de 27 septiembre [JUR 2016\250851]. Especialmente clarificadora resulta la última de las mencionadas al establecer que esa Sala «ha declarado en diferentes resoluciones (autos de 17 de diciembre de 2010, 4 de mayo de 2012 y 9 de diciembre de 2012, entre otros)

---

39 Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª), Auto número 29/2008, de 6 marzo [JUR 2008\323610] Recurso de Apelación núm. 396/2007. Ponente: Cabrer Barbosa, Miguel Juan.

40 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), Auto núm. 71/2011 de 25 mayo [JUR 2011\293124]. Recurso de Apelación núm. 13/2011. Ponente: Garrido Espá, Luis.

que es requisito conceptual inherente a toda declaración de concurso el relativo a la existencia de un número de acreedores plural y concurrente, elemento esencial sobre el que pivota toda la institución concursal y cuya ineludible exigencia se encuentra implícita»<sup>41</sup>.

La doctrina y jurisprudencia expuestas se traducen, pues, en que, «si el deudor se encuentra en estado de insolvencia pero sólo tiene un acreedor, con crédito vencido y exigible, bastará la ejecución singular de su patrimonio para hacerle pago, aunque no sea suficiente»<sup>42</sup>, careciendo de sentido la solución concursal. Así lo ha sostenido, entre otras, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en su Auto número 71/2011, de 25 mayo [JUR 2011\293124].

Y es que nuestro sistema jurídico ya prevé la ejecución singular del deudor, permitiendo al acreedor único en este otro procedimiento, más sencillo y menos costoso, perseguir todo el patrimonio de aquél para hacer efectivo su crédito o créditos que tenga frente al mismo, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1.911 del Código Civil, según el cual aquél responde de sus obligaciones con todos su bienes, presentes y futuros<sup>43</sup>.

En definitiva, como ya dispuso la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) en su Auto número 7/2010, de 27 enero, la justificación de la exigencia de dicho requisito viene determinada por el carácter universal del procedimiento concursal, «dirigido a la satisfacción de los acreedores, bien mediante convenio entre éstos y el deudor común, bien mediante la liquidación ordenada del patrimonio de aquél; y una u otra solución solamente cobran sentido si existe una pluralidad de titulares de crédito, ya que, de lo contrario, entraría en juego la posibilidad que establece el ordenamiento jurídico de la ejecución individual o singular. Las normas sobre respeto al principio de igualdad de los acreedores o *pars conditio creditorum*, que inspira toda regulación concursal, calificación de créditos, mayorías de convenio o graduación en los pagos, etc., no se explican si es un solo acreedor»<sup>44</sup>.

### **1.3 Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la exigencia de una pluralidad de acreedores para la declaración del concurso.**

Especial mención merecen las fluctuaciones acaecidas en la doctrina de la DGRN, que ha abordado de forma concreta, y no siempre uniforme, en diversas Resoluciones, la exigencia de pluralidad de acreedores para la declaración del concurso del deudor, al hilo del examen de la procedencia de la inscripción registral de la extinción de una sociedad en la que existe un solo acreedor al que no se le ha satisfecho totalmente su crédito por falta de haber social.

---

41 Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Sentencia núm. 319/2016, de 27 septiembre. [JUR 2016\250851]. Recurso de Apelación núm. 506/2014. Ponente: Gómez Sánchez, Pedro.

42 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), Auto núm. 71/2011 de 25 mayo [JUR 2011\293124]. Recurso de Apelación núm. 13/2011. Ponente: Garrido Espá, Luis.

43 Auto del Juzgado Mercantil número 1 de Bilbao, de 3 de diciembre de 2004, EDJ 213285, nº 15/2004, nº autos 47/2004, Rodríguez Achutegui, Edmundo.

44 Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª), Auto número 7/2010 de 27 enero. [JUR 2010\101507] Recurso de Apelación núm. 537/2009. Ponente: Sola Ruiz, Covadonga.

Así, la DGRN planteó en diversas Resoluciones el interrogante de si es o no exigible la existencia de una resolución del Juez del concurso para practicar la cancelación de los asientos de la sociedad insolvente cuando su único acreedor no ha visto satisfecho su crédito.

En concreto, la DGRN en sus Resoluciones de fechas 13 de abril de 2000 y 29 de abril de 2011 se mostró favorable a la inscripción de la extinción de una sociedad, y consiguientemente a la cancelación de sus asientos, con un solo acreedor al que no se le podía satisfacer su crédito por falta de bienes, sin necesidad de instar el concurso. Así lo destaca la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en su Sentencia número 319/2016, de 27 septiembre.

Recuerda la Resolución de 29 de abril de 2011 de la DGRN que «como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 13 de abril de 2000, aunque es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico societario que el reparto del haber social entre los socios requiere inexcusablemente la previa satisfacción de los acreedores sociales –o la consignación o el depósito del importe de la obligación pendiente e, incluso, su aseguramiento o afianzamiento, según los casos– (cfr. artículos 391.2, 394.1, 395 y 396 de la Ley de Sociedades de Capital, 235 del Código de Comercio y 1.708, en relación con el 1.082, del Código Civil), es también cierto que esas disposiciones relativas al pago de los acreedores o consignación de sus créditos presuponen necesariamente una disponibilidad patrimonial que permita el cumplimiento de tales obligaciones, de suerte que si resulta acreditada la inexistencia de haber social, no puede impedirse la cancelación de los asientos registrales de la sociedad. Por ello, para practicar tal cancelación, en dicha Resolución se estimó suficiente que en el balance de liquidación, y bajo la responsabilidad del liquidador, constara la inexistencia de activo alguno para la satisfacción del acreedor»<sup>45</sup>.

Y el mismo criterio sobre un supuesto similar sostuvo la citada Resolución de la DGRN de 29 de abril de 2011, aludiendo a la proyección eminentemente registral de la cuestión y a la inexistencia de precepto alguno que exija la sustanciación de un proceso concursal para la cancelación de los asientos de una sociedad insolvente<sup>46</sup>.

A través de la doctrina de estas dos Resoluciones, como señala Rosalía Alfonso Sánchez, «la DGRN ofrecía una salida a todas aquellas sociedades que, contando con un único acreedor, carecían de activo para su pago, entendiendo que no debían permanecer de forma indefinida en los libros del Registro Mercantil como si todavía estuvieran activas, aunque sea en liquidación».<sup>47</sup>

---

45 Resolución de la DGRN de 29 de abril de 2011, en el recurso interpuesto por Ocean Cosmetics, S.L., en liquidación, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Zaragoza a inscribir una escritura de extinción de dicha entidad (BOE núm. 122, de 23 de mayo de 2011).

46 Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Sentencia número 319/2016, de 27 septiembre [JUR 2016\250851]. Recurso de Apelación núm. 506/2014. Ponente: Gómez Sánchez, Pedro.

47 Alfonso Sánchez, Rosalía – Doctora en Derecho por la Universidad de Murcia “Resolución de 2 de julio de 2012 (BOE nº 225, de 18-9-2012). Liquidación y extinción. Imposibilidad por existencia de acreedor único. Concurso de acreedores”. 20.03.16, Commenda, Grupo Investigador en Derecho de Sociedades.

Sin embargo, tal criterio fue abandonado por dicho organismo un año después, en su Resolución de fecha 2 de julio de 2012 (BOE 18 de septiembre de 2012), seguida de la posterior de 4 de octubre del mismo año, pasando a mantener un criterio radicalmente opuesto, al sostener la necesidad de acudir, para que pudiera practicarse la cancelación de los asientos de sociedades insolventes, cuando no hay haber social con el que satisfacer al acreedor o acreedores, al concurso de acreedores.

En estas dos Resoluciones de la DGRN de 2 de julio y 4 de octubre de 2012, como declara la posterior Resolución del mismo organismo de 1 de agosto de 2016, se citan determinadas normas de la Ley de Sociedades de Capital aplicables a la liquidación y extinción de la sociedad y aquéllas de la Ley Concursal relativas a la apertura del concurso, a su calificación y a la conclusión del mismo, para determinar que, dado que el pago a los acreedores es requisito previo a la liquidación y extinción de la sociedad, cuando no hay haber social con el que satisfacer a los acreedores el procedimiento legal previsto para la extinción de la sociedad es el concurso de acreedores, con independencia de que exista una pluralidad de acreedores o que las deudas de la sociedad las ostente un único acreedor<sup>48</sup>.

El nuevo criterio acogido por la DGRN, seguido igualmente en la Resolución de 4 de octubre de 2012, fue muy criticado y cuestionado por la doctrina jurídica y la jurisprudencia.

Especialmente relevante resulta en este sentido el análisis crítico que lleva a cabo la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en su Sentencia número 319/2016, de 27 septiembre, sobre los argumentos manejados en dicha Resolución, afirmando con acierto en la citada sentencia que «lo cierto es que, cuando de sociedades con acreedor único se trata, una respuesta coherente a ese problema exige dilucidar previamente si es o no legalmente posible en tales hipótesis la sustanciación de un proceso concursal, porque si la respuesta a este segundo interrogante fuera negativa, debería serlo forzosamente también la respuesta al primer interrogante (necesidad de resolución del juez de un -en este caso imposible- concurso). Lo contrario supondría mantener a la sociedad con carácter indefinido y “*ad eternum*” en un extraño limbo jurídico donde la vigencia de sus asientos registrales nunca podría llegar a ser conjurada por una jurídicamente inviable resolución concursal, conclusión esta que deberíamos descartar en virtud de un simple principio de prueba por contradicción (“*reductio ad absurdum*”))»<sup>49</sup>.

Finalmente, la DGRN, en Resolución de 1 de agosto de 2016 (BOE de 23/09/2016), ha retomado el punto de vista que ya mantuvo en las Resoluciones de 29 de abril de 2011 y 13 de abril de 2000 y, consiguientemente, ha abandonado de manera explícita el criterio que transitoriamente mantuvo en la Resolución de 2 de julio de 2012, seguida de la de 4 de octubre de 2012.

---

48 Resolución de la DGRN de 1 de agosto de 2016, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Pontevedra a inscribir la escritura de extinción de una entidad. «BOE» núm. 230, de 23 de septiembre de 2016.

49 Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Sentencia núm. 319/2016, de 27 septiembre. [JUR 2016\250851]. Recurso de Apelación núm. 506/2014. Ponente: Gómez Sánchez, Pedro.



## **2. AUSENCIA SOBREVENIDA DE PLURALIDAD DE ACREEDORES DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.**

Conforme a lo expuesto hasta el momento, la exigencia de la pluralidad de acreedores debe entenderse referida al momento inicial del concurso, como un presupuesto objetivo que ha de concurrir para la declaración del mismo. A sensu contrario, la ausencia del requisito de pluralidad de acreedores en el momento de la presentación de la solicitud de concurso se constituye en impedimento para la declaración en situación concursal del deudor.

Ahora bien, a la vista de la regulación contenida en el artículo 176 de la Ley Concursal, en el que se recogen las causas de conclusión del concurso, cabe plantearse si dicha exigencia puede extenderse a momentos posteriores a la declaración del concurso, una vez que el procedimiento concursal esté en marcha.

Dicho precepto no contempla como causa de conclusión del concurso la ausencia de pluralidad de acreedores. Sin embargo, como afirma el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid en su Auto de 13 octubre 2006, «esta circunstancia no puede conducirnos a negar sin más que la ausencia de pluralidad de acreedores no tenga virtualidad para poner fin a una situación de concurso previamente declarada»<sup>50</sup>, abriendo dicho silencio normativo el interrogante acerca de si existe o no un presupuesto implícito para la continuación de la tramitación del procedimiento concursal.

La doctrina mayoritaria coincide en que el elenco de causas de conclusión recogidas en el precepto citado no se configura como *numerus clausus*. Así lo señala el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, en el citado Auto de 13 octubre 2006, añadiendo que «buena prueba de ello lo es que la caducidad en la instancia se constituye en causa productora de la conclusión del concurso a pesar de no aparecer relacionada en el artículo 176 de la Ley Concursal».

Para un adecuado planteamiento de la cuestión expuesta debemos distinguir entre la situación de ausencia de pluralidad de acreedores sobrevenida durante la tramitación del concurso y la de aquella otra en la que «en apariencia» existe una pluralidad de acreedores en el momento de solicitud del concurso, que luego deja de ser tal, reduciéndose el número de aquéllos a un solo acreedor real.

### **2.1 Ausencia sobrevenida por el pago al resto de acreedores o por reunión en un mismo acreedor de todos los créditos del deudor.**

En cuanto al primero de los escenarios planteados -ausencia de pluralidad de acreedores sobrevenida durante la tramitación del concurso-, diversas son las causas por las que podría venir motivada la misma: el pago ordenado a todos los acreedores quedando sólo el último

---

<sup>50</sup> Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, Auto de 13 octubre 2006 [AC 2007\669]. Frigola i Riera, Antoni. Y, en el mismo sentido, Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo II, 2012, Blanco Saralegui, José María, Magistrado. Especialista CGPJ en asuntos propios de lo Mercantil. Pág. 738.

de ellos por satisfacer, o bien por la reunión en un solo acreedor de todos los créditos cuya titularidad ostentaban inicialmente distintos acreedores<sup>51</sup>.

En el primero de los supuestos, esto es, pago de todos los acreedores preferentes al último, parece desprenderse de forma lógica que tal circunstancia no puede motivar la conclusión del concurso, que, como declara el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid en la referida resolución, «debe continuar hasta la satisfacción al último de los acreedores en los términos que en el procedimiento hayan quedado fijados», en la medida en que el citado precepto, como se ha señalado, guarda silencio normativo en relación con este supuesto, contemplando, por el contrario, de manera expresa, en el punto cuarto de su apartado primero, que procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en cualquier estado del procedimiento cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos, o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio, o que ya no existe la situación de insolvencia. Y así lo han venido reiterando diversos Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales.

En este sentido, sostiene la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª), en su Auto número 66/2006 de 11 abril [AC 2006\902] que «tampoco se contempla como causa de conclusión del concurso la que podríamos denominar «unipersonalidad crediticia sobrevenida», esto es, el concurso en el que en fase de apertura concurre una pluralidad de acreedores y durante el mismo esa pluralidad queda reducida a un acreedor. En efecto, ello en modo alguno determinaría la conclusión del procedimiento, como se deriva del art. 176 de la LC que, al regular las causas de conclusión del concurso, no sólo no contempla la reducción durante el concurso del número de acreedores a uno sino que, inversamente, establece que el concurso no concluirá hasta que se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (art. 176.1.3º LC), por lo que, aun cuando sea solo uno el acreedor insatisfecho, el concurso seguirá tramitándose, no constituyendo, por tanto, la pluralidad de acreedores condición de la prosecución del proceso»<sup>52</sup>.

En definitiva, el pago ordenado a todos los acreedores, restando solamente uno por cobrar, no constituye causa de conclusión el concurso, sino que debe continuar hasta la satisfacción de dicho acreedor en los términos fijados.

Por lo que respecta al segundo de los supuestos planteados -reunión en un solo acreedor de todos los créditos-, procede hacer, a su vez, una nueva distinción: que la falta de pluralidad de acreedores se ocasione durante la fase común o una vez finalizada ésta.

En el primero de los casos, precisamente, los mismos motivos que nos conducen a afirmar la necesidad de que concurra una pluralidad de acreedores para la declaración de concurso, como presupuesto objetivo del mismo, son los que llevan a sostener que, si se reúnen en un solo acreedor la totalidad de los créditos del concursado, cuya titularidad ostentaban

---

51 Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, Auto de 13 octubre 2006 [AC 2007\669]. Frigola i Riera, Antoni. En el mismo sentido. En el mismo sentido, Lefebvre El Derecho, Memento Concursal, 2016.

52 Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª), en su Auto número 66/2006 de 11 abril [AC 2006\902]. Recurso de Apelación núm. 75/2006. Ponente: Oliver Barceló, Santiago.

inicialmente distintos acreedores, carece de sentido proceder a la apertura de la fase de convenio o de liquidación conforme a la esencia misma de este procedimiento, de carácter universal, y a su finalidad de satisfacción ordenada de los acreedores del deudor.

Así lo ha entendido el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid (Auto de 13 octubre 2006), afirmando que «no parece que hubiera inconveniente alguno en atribuir a la falta de pluralidad de acreedores devenida el efecto de concluir el concurso. Si se constata durante la fase común la desaparición de la pluralidad de acreedores por la adquisición por una sola persona de todos los créditos concursales, una vez que se hayan confeccionado los listados definitivos de las masas activa y pasiva, no parece que exista justificación para dar continuidad al cauce concursal».

Distinta ha sido la solución adoptada por algunos Juzgados y Audiencias Provinciales cuando esa reunión de créditos se produce una vez finalizada la fase común, fundamentando dicha decisión en la aplicación del principio de economía procesal. Y en este sentido, destacamos lo dispuesto en el citado Auto de 13 octubre 2006 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, afirmando que «en tales casos el concurso debe continuar hasta el cumplimiento de las finalidades que la Ley le atribuye. La aplicación del principio de economía procesal puede servir de sostén para justificar la continuación de la fase en la que el concurso se encuentre a pesar de la desaparición sobrevenida de la pluralidad de acreedores».

No obstante, esas mismas razones eminentemente prácticas y de economía procesal podrían justificar que tampoco en este caso tenga sentido mantener la estructura procesal y los costes de un concurso para lograr la satisfacción de un solo acreedor<sup>53</sup>, toda vez que ello supondría un alargamiento del proceso absurdo y antieconómico, si tenemos en cuenta los gastos de publicaciones, honorarios de la propia Administración Concursal y representación y defensa del concursado<sup>54</sup>.

## **2.2. Existencia «en apariencia» de una pluralidad de acreedores en el momento de solicitud del concurso.**

En cuanto al segundo de los escenarios planteados -existencia «**en apariencia» de una pluralidad de acreedores en el momento de solicitud del concurso, que luego deja de ser tal, reduciéndose el número de aquéllos a un solo acreedor real-**, la mayoría de la doctrina y Tribunales se han pronunciado sobre esta cuestión concluyendo que procede la conclusión del concurso cuando los acreedores han sido creados de manera ficticia para conseguir esa pluralidad<sup>55</sup>.

La razón es evidente: en estos casos no concurre ya desde la solicitud de concurso el presupuesto objetivo de pluralidad de acreedores, necesario para la declaración del mismo.

---

53 Lefebvre El Derecho, Memento Concursal, 2016. En el mismo sentido, Juzgado de lo Mercantil de Oviedo número 1, Auto 31-5-12.

54 Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Vigo (Provincia de Pontevedra), Auto de 8 noviembre 2010. JUR 2011\140294. Blanco Saralegui, José María.

55 Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo I, 2012, pág. 564. y Lefebvre El Derecho, Memento Concursal, 2016.

Existen diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales y de los Juzgados de lo Mercantil, entre las que destacamos el Auto de 16 de octubre de 2012, de la Audiencia Provincial de Barcelona [JUR 2013\42692], el ya citado Auto de 13 octubre 2006 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid y el Auto del Juzgado Mercantil de número 3 de Vigo, de fecha 8 de noviembre de 2010 [JUR 2011\140294], en las que se esgrime un argumento común: al no darse el presupuesto de pluralidad de acreedores, ni siquiera cuando fue presentada la solicitud de declaración de concurso, aunque sea más tarde cuando esta circunstancia ha podido ser corroborada, procede acordar su conclusión.

Y es que, como señala el Auto de 13 octubre 2006 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, no impide alcanzar dicha conclusión que se haya puesto fin a la fase común, «puesto que no nos hallamos ante una falta de pluralidad de acreedores sobrevenida sino inicial. La apertura de la fase de convenio no supuso la «preclusión» para advertir de la inexistencia del aludido presupuesto. Por tanto, el Juez del concurso, por el carácter de orden público propio de las normas procesales, debe aplicarlas según su recto sentido en cuanto se perciba de una situación que justifique su observancia».

Entrando a examinar brevemente el caso concreto objeto de enjuiciamiento en cada una de las citadas resoluciones, conviene destacar que el Auto de 16 de octubre de 2012 de la Audiencia Provincial de Barcelona confirma el Auto del Juzgado mercantil de 1 de septiembre de 2010, que acuerda el archivo del concurso, porque considera que la documentación acompañada con la solicitud de concurso pone de manifiesto que, en realidad, hay un solo acreedor -la Agencia Tributaria-, y que el concurso se presenta para evitar o retrasar la inminente ejecución por parte de dicho acreedor. En tal estado de cosas, dispone la citada Audiencia que es cierto que el artículo 176 de la Ley Concursal no contenía ninguna previsión específica en ese sentido, «sin embargo, las mismas razones que abonan la necesidad (...) de una pluralidad de créditos como requisito para la admisión del concurso, han de determinar, lógicamente, la conclusión del procedimiento cuando se advierte que esa pluralidad no existe. Ni uno ni otro supuesto están regulados en un precepto específico de la Ley Concursal: sus efectos derivan de la naturaleza misma del concurso (...) como procedimiento universal»<sup>56</sup>.

Por lo que respecta al Auto de 13 octubre 2006 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, se plantea un supuesto en el que el propio deudor acompañó a su solicitud una relación de acreedores que se encontraba integrada por dos, de tal modo que aparentemente concurría el presupuesto de pluralidad de aquéllos. Sin embargo, posteriormente, en la lista definitiva presentada por la Administración Concursal, se ponía de manifiesto la existencia de un único acreedor concursal en el momento de la presentación de la solicitud de declaración de concurso, puesto que el otro incluido en la lista de acreedores aportada por el deudor con la solicitud de concurso, la Agencia Tributaria, manifestó expresamente a la Administración Concursal no ser acreedora del concursado.

Alega en este sentido el Juzgado de referencia que «en tales supuestos, sólo la actuación de la Administración Concursal una vez hecha la declaración del concurso será capaz de

---

<sup>56</sup> Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), Auto núm. 120/2012 de 16 octubre. JUR 2013\42692. Recurso de Apelación núm. 236/2012. Ponente: Rallo Ayezuren, Marta.

constatar si efectivamente la lista de acreedores aportada por el deudor estaba correctamente confeccionada. La verificación, a través de la lista definitiva de acreedores confeccionada por la Administración Concursal, de que en el momento de la presentación de la solicitud no se daba el presupuesto de pluralidad de acreedores tiene que dar lugar a la conclusión del procedimiento concursal. (...) Además, tampoco parece oportuno ofrecer al acreedor o al deudor, sin causa aparente que lo justifique, dos vías procesales diferentes –la ejecución singular y la ejecución universal– para el mismo fin, esto es, para satisfacer una única deuda, máxime cuando la complejidad y los costes del proceso concursal superan los que derivan de la ejecución singular».

Por último, y por lo que respecta al Juzgado de lo Mercantil número 3 de Vigo, en Auto de 8 de noviembre de 2010, se acordó también rechazar la declaración de concurso en un supuesto en el que la lista de acreedores sólo estaba formada por dos, uno de los cuales era de naturaleza extraconcursal y prededucible, pues se trataba de los honorarios del letrado del acreedor instante del concurso, señalando el citado Juzgado que «su mención en la solicitud de concurso parece ir únicamente dirigida a la búsqueda del requisito de la pluralidad de acreedores para conseguir determinados efectos de su declaración, olvidando que esa pluralidad habrá de atañer como mínimo a los créditos concursales»<sup>57</sup>.

En definitiva, las tres resoluciones citadas tienen un denominador común que justifica la decisión de conclusión del concurso, con independencia de la fase del procedimiento en la que se encuentren: no nos hallamos ante una falta de pluralidad de acreedores sobrevenida, sino inicial.

### **2.3 Efectos del acuerdo de conclusión del concurso por existir un único acreedor sobre la sección sexta del mismo.**

Aunque sea muy someramente, entendemos necesario abordar una última cuestión directamente relacionada con la conclusión del concurso por ausencia sobrevenida de una pluralidad de acreedores: los efectos que sobre la sección sexta pueden derivarse de dicho acuerdo.

Para ello, empezaremos aludiendo al artículo 167 de la Ley Concursal, dedicado a la formación de la sección sexta, en cuyo apartado primero se establece que «la formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias.

Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, no procederá la formación de la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases (...) una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido».

El contenido de dicho precepto nos lleva ya a alcanzar una primera conclusión: cuando esa ausencia de pluralidad de acreedores sea constatada con anterioridad a la aprobación del

---

<sup>57</sup> Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Vigo (Provincia de Pontevedra), Auto de 8 noviembre 2010. JUR 2011\140294. Blanco Saralegui, José María. En el mismo sentido, Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo I, 2012, pág. 564.

convenio o a la apertura de la fase de liquidación ningún efecto tendrá la falta de tal presupuesto objetivo en orden a la calificación culpable del concurso, toda vez que no se llegará a formar la sección sexta. A igual conclusión llegó el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, en el mencionado Auto de 13 octubre 2006 [AC 2007\669]<sup>58</sup>.

No obstante, entendemos que la solución debe ser la misma cuando la ausencia de pluralidad de acreedores sobreviene ya en fase de convenio o liquidación del concurso y ello porque, como señala en el citado Auto el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, en su Fundamento de Derecho Cuarto, que «el carácter sancionador que debe atribuirse a los pronunciamientos que eventualmente pueden dictarse en el ámbito de la Sección Sexta impide aplicar por analogía las previsiones para su apertura a casos distintos o a supuestos diferentes que los expresamente previstos en la Ley».

Así, no podemos olvidar, como ya nos recordaba el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), de 29 julio 2014 (JUR 2014\231232), que «*el carácter sancionador o represor de la calificación determina que deban regir los principios propios de tal consideración como el principio de intervención mínima y el principio de tipicidad, debiendo ser objeto de una interpretación restrictiva*»<sup>59</sup>, suponiendo el último de los citados, como dice el Tribunal Constitucional en su sentencia de 52/2003, de 17 de marzo (RTC 2003, 52) (RTC 20032), la prohibición de «la interpretación extensiva y la analogía «in malam partem», es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas determinan»<sup>60</sup>.

### **3. PRINCIPALES CONSECUENCIAS PARA EL ACREEDOR ÚNICO QUE SE VE SOMETIDO AL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.**

De lo expuesto hasta el momento se infiere que el requisito de la pluralidad de acreedores debe exigirse, no sólo apriorísticamente, como presupuesto objetivo necesario del concurso, sino también con un mínimo rigor que impida actuaciones fraudulentas<sup>61</sup>.

No obstante, en la práctica, aunque no de manera frecuente, no es extraño encontrarnos con concursos en los que, como ocurre en los casos objeto de enjuiciamiento en las resoluciones anteriormente analizadas, la lista de acreedores que se acompaña a la solicitud de concurso por el propio deudor contiene una pluralidad de créditos, que podrían quedar reducidos en puridad a un único acreedor real, bien por haber sido el resto creados ficticiamente,

---

58 Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, Auto de 13 octubre 2006 [AC 2007\669]. Frigola i Riera, Antoni. Y, en el mismo sentido, Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo II, 2012, Blanco Saralegui, José María, Magistrado. Especialista CGPJ en asuntos propios de lo Mercantil. Pág. 738.

59 Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª). Auto de 29 julio 2014. AC 2014\1507. En igual sentido, Sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 8 de noviembre de 2013 (JUR 2013, 380991) y 9 de diciembre de 2013.

60 Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 52/2003 de 17 marzo. RTC 2003\52. Recurso de Amparo núm. 4456/2001. Ponente: Casas Baamonde, María Emilia.

61 Lefebvre El Derecho, Memento Concursal, 2016.

bien por tratarse de créditos que podrían definirse como puramente testimoniales, de cuantías insignificantes, que pueden incluso figurar en la contabilidad del deudor, sin que después ningún acreedor proceda a su comunicación en el concurso y, sin embargo, el procedimiento concursal continúa su curso hasta alcanzar un convenio con el único acreedor real, o hasta la liquidación del patrimonio del deudor para responder frente al acreedor único.

Por ello, llegados a este punto, interesa hacer un breve repaso sobre las principales consecuencias y limitaciones derivadas para el acreedor único que se ve sometido al ámbito procedimental del concurso, a las que no se encontraría sujeto en el correspondiente procedimiento de ejecución singular.

### **3.1 Suspensión del devengo de intereses.**

Quizá la consecuencia más evidente entre todas aquellas derivadas del hecho de someter una ejecución individual al ámbito procedimental del concurso es la suspensión del devengo de intereses por la deuda reclamada, disponiendo en este sentido el artículo 59.1 de la Ley Concursal que «desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía».

### **3.2 Restricciones del acreedor de su derecho a instar ejecuciones singulares.**

Asimismo, en el procedimiento concursal se halla el acreedor sujeto a una serie de restricciones sobre su derecho a instar el ejercicio de ejecuciones singulares.

En términos generales, y sin descender al detalle con el que la Ley Concursal aborda la regulación de esta cuestión, por no ser ello objeto de estudio aquí, debe apuntarse que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, salvo aquellas excepciones expresamente previstas en el artículo 55 de la Ley Concursal.

En cuanto a las ejecuciones con garantía real, conforme a lo establecido en el artículo 56 de la Ley Concursal, no podrán tales acreedores iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, con las salvedades previstas en el citado precepto.

### **3.3 Intervención del Juez concurso y de la Administración Concursal en la gestión del patrimonio del deudor.**

La intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, conforme a lo previsto en el artículo 40 de la Ley Concursal, lleva aparejada cierta injerencia del juez y, especialmente, de los Administradores Concursales, en la gestión del patrimonio del concursado, con alcance diferente según los casos<sup>62</sup>.

---

62 Lefebvre El Derecho, Memento Concursal, 2016.

Dichos efectos de intervención o suspensión de las facultades descritas se extienden desde la fecha del auto de declaración del concurso hasta la aprobación judicial del convenio, momento en el que, según lo previsto en el artículo 133.2 de la Ley Concursal, cesarán todos los efectos de aquella declaración, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio. Durante la fase de liquidación, al amparo de lo previsto en el artículo 145 de la Ley Concursal, la situación del concursado será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, conteniendo la resolución judicial que abra la fase de liquidación la declaración de disolución del deudor, cuando éste fuera persona jurídica, y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores de la mercantil concursada.

Dicha injerencia supone también, lógicamente, otra consecuencia más para el acreedor único que se halla indebidamente sometido a un procedimiento concursal, como es el hecho de que las posibles negociaciones entre éste y el deudor, para alcanzar un convenio de pago o un acuerdo para la realización de los activos del concursado, en su caso, tengan que llevarse a cabo directamente o con la autorización de una tercera persona distinta del deudor (Administrador Concursal), que deberá dejar de lado los intereses particulares del deudor y del acreedor para actuar siempre con observancia de los principios informadores del Derecho Concursal, tales como la preservación de la integridad patrimonial de la concursada y la *pars conditio creditorum*, y en cumplimiento de su deber de velar en todo momento por el superior interés del concurso.

No obstante, en el caso hipotético descrito -concurso con un solo acreedor real- se llegaría a la absurda situación de que sobre los intereses particulares de las partes -deudor y acreedor- debía prevalecer el superior interés del concurso, que en este caso no vendría a ser otro que el de alcanzar el mayor grado de satisfacción posible de los intereses económicos del único acreedor que integra la masa pasiva.

Y dentro de ese marco conviene hacer especial mención del sacrificio al que en ocasiones puede ver sometido el acreedor concursal su derecho a mantener la vigencia de determinados contratos o del derecho a resolver los mismos, en ambos casos en interés del concurso.

Así, el artículo 61.2 de la Ley Concursal contempla expresamente la facultad de la Administración Concursal, en caso de suspensión de las facultades, o del concursado, en caso de intervención, para solicitar si lo estimaran conveniente al interés del concurso, la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte.

Se trata éste de un medio pensado para liberar determinados activos, sujetos a unas relaciones contractuales que, desde el punto de vista de los intereses colectivos, podrían suponer un freno al buen fin del proceso concursal -la satisfacción de los créditos de los acreedores-<sup>63</sup>.

Por otro lado, el artículo 62.3 de la Ley Concursal permite que, pese a existir un incumplimiento anterior de entidad suficiente para justificar la sanción resolutoria, el Juez pueda acordar el cumplimiento del contrato con obligaciones recíprocas por entender que la conti-

---

63 Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares), Sentencia de 17 junio 2013. JUR 2016\73139. Fernández González, Víctor.



nidad es beneficiosa para el interés del concurso. Se sacrifica, pues, el derecho del acreedor a resolver y se le impone en beneficio del deudor la continuación del contrato, pese a la concurrencia de causa de resolución.

Huelga decir que tales limitaciones y restricciones del ejercicio de los derechos del acreedor nunca le vendrán impuestas en un procedimiento de ejecución singular.

### **3.4 Convenio concursal.**

Existiendo un solo acreedor, el acuerdo que se lograra fuera del ámbito del concurso entre éste y el deudor, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil, no tendrá más límites que los fijados por dicho precepto -las leyes necesarias, la moral y el orden público- y sus efectos serán los fijados en el contenido de la voluntad de las partes. Dicho acuerdo resulta asimismo concebible en vía ejecutiva, según lo dispuesto en el artículo 640 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo tanto, el concurso no es un medio necesario para la facilitación de este posible acuerdo<sup>64</sup>.

Sin embargo, por lo que respecta al convenio alcanzado en el seno del procedimiento concursal, pese a que el apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal lo define como «la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud», lo cierto es que existen una serie de peculiaridades que lo diferencian claramente de aquél que se pudiera alcanzar fuera del ámbito del concurso, incluso en vía ejecutiva, puesto que en él se integran factores contractuales y procesales de interés privado y público, a través del cual los créditos experimentan una especie de novación<sup>65</sup>.

Entre dichas peculiaridades, principalmente, deben destacarse las siguientes:

#### a) Carácter negocial del convenio alcanzado en el seno del concurso.

Una arraigada corriente jurisprudencial ha venido definiendo el convenio como un verdadero contrato en virtud del cual el deudor concursado y su masa de acreedores ordinarios, así como los acreedores privilegiados que voten o se adhirieran a favor del mismo de forma expresa, alcanzan un compromiso para la satisfacción de los créditos concursales, ordinarios, subordinados y aquéllos privilegiados afectados por el mismo.

Tal elemento concurre cuando el convenio aprobado es el propuesto por el deudor, ya que éste tiene que obtener la aceptación de la mayoría de los acreedores que establece la Ley Concursal. No obstante, el concepto contractual del convenio, como contrato entre el deudor y sus acreedores, se ha visto cuestionado en la doctrina cuando el mismo ha sido el propuesto por los acreedores o una parte de éstos, ya que la regulación prevista en el artículo 128.3 de la Ley Concursal ha llevado a afirmar a algunos autores que ya no es esencial el consentimiento

---

64 La pluralidad de acreedores como requisitos del Concurso BIB 2007\150. Pedro-José Vela. Magistrado Especialista en lo Mercantil. Profesor Asociado de Derecho Mercantil. Universidad de Córdoba. Publicación: Anuario de Derecho Concursal num. 11/2007. Problemas y Cuestiones. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2007.

65 Lefebvre El Derecho, Memento Concursal, 2016. Fase de convenio.

del deudor concursado, al contemplar dicho precepto la posibilidad de que el convenio sea aceptado con la sola voluntad de los acreedores.

Así, establece el citado precepto que «el concursado que no hubiere formulado la propuesta de convenio aceptada por los acreedores ni le hubiere prestado conformidad podrá oponerse a la aprobación del convenio por cualquiera de las causas previstas en el apartado 1 o solicitar la apertura de la fase de liquidación. En otro caso quedará sujeto al convenio que resulte aprobado».

La Ley permite al concursado optar entre solicitar la apertura de la fase de liquidación u oponerse expresamente a la aprobación judicial del convenio, siempre que no hubiese sido suya la propuesta aceptada y no hubiera prestado su conformidad al convenio propuesto por los acreedores, en la junta o fuera de ella. Dicha oposición debe ser, además, razonada, toda vez que sólo puede fundarse en la infracción de las normas que la propia Ley Concursal establece.

Como señala Alberto Núñez-Lagos, lo anterior ha motivado una discusión en la doctrina en torno a si en este peculiar supuesto cabría seguir hablando de la existencia del elemento contractual básico, ya que, ante la falta de consentimiento expreso del deudor a tal propuesta, «podría deducirse que en ese supuesto hay en realidad una imposición del convenio al deudor, puesto que queda vinculado a él salvo que solicite la apertura de la fase de liquidación». Sólo si entendemos la renuncia a la petición de liquidación como acto de consentimiento tácito e indirecto al convenio, podríamos continuar hablando de que en este supuesto el convenio contiene los requisitos del contrato<sup>66</sup>.

Pues bien, en el supuesto hipotético que venimos contemplando -concurso con un solo acreedor real-, lo anterior se traduciría en una verdadera imposición del convenio propuesto por el acreedor al deudor que no se opone de forma expresa y razonada, ni requiere al juez para que abra la liquidación, quedando sujeto al convenio una vez resulte aprobado, salvo que dicha inactividad por parte del concursado se interprete como una aceptación tácita de aquél.

#### b) Aprobación judicial del convenio concursal.

Contempla el artículo 109 de la Ley Concursal, en su apartado segundo, la necesidad de aprobación del convenio por sentencia del Juez del concurso, lo que permite definir el mismo como un contrato de carácter público.

Destaca el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de octubre de 2011 [RJ 2012\434] el papel del Juez del concurso, como controlador de la legalidad, en la aprobación del convenio, afirmando que «el convenio, en cuanto acuerdo entre deudor y acreedores destinado a regular las relaciones jurídicas que unen a aquél con cada uno de éstos, tiene, según la doctrina, una naturaleza negocial, bien que matizada por importantes particularidades, una de las cuales consiste en necesitar para su validez de la aprobación judicial. Sin embargo, el papel que corresponde al Juez en dicha aprobación no es la de creador de la regla negocial, sino la de controlador de su legalidad. Por ello, puede aprobar el convenio o rechazarlo -o mandar que

---

<sup>66</sup> El convenio del concurso: contenido y procedimiento, Núñez-Lagos, Alberto, Abogado, Actualidad Jurídica, Uría & Menéndez N.O 6/2003.

se repita el trámite que llevó a él, a fin de que se subsanen los defectos de esa índole de que adolezca -, pero no modificar su contenido -artículo 109, apartado 2, en relación con el 129, apartados 1, 2 y 3, de la Ley 22/2003-»<sup>67</sup>.

c) Control del cumplimiento del convenio.

Como hemos señalado, aprobado el convenio, cesarán todos los efectos de intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del deudor, que recupera su capacidad negocial, desapareciendo así la fiscalización de la Administración Concursal, salvo en aquellos casos en los que en el propio convenio se hayan impuesto medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor.

No obstante, permanece un cierto control judicial sobre el mismo, al que evidentemente no estaría sometido el acuerdo alcanzado entre las partes fuera del concurso. Dicho control aparece plasmado en el artículo 138 de la Ley Concursal, al imponer al deudor la obligación de informar al Juez del concurso acerca de su cumplimiento con periodicidad semestral, contada desde la fecha de la sentencia aprobatoria del convenio.

d) Por último, por lo que respecta al contenido del convenio, en el ámbito concursal, aunque se mantiene el principio de la autonomía de la voluntad entre el deudor y los acreedores para alcanzar los pactos que estimen por convenientes en el convenio, se establecen una serie de prohibiciones y de límites imperativos por razón del contenido del convenio.

Especialmente relevante resulta en este sentido, el artículo 100 del citado texto legal, que prevé que la propuesta de convenio «deberá» contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas.

Ninguna duda cabe de que tal limitación al contenido del convenio ha sido contemplada por el legislador en interés y beneficio del deudor, toda vez que fuera del ámbito concursal, en virtud del principio de autonomía de la voluntad sancionado en el artículo 1.255 del Código Civil, las partes pueden alcanzar cualesquiera acuerdos que no sean contrarios a la moral, al orden público o a las leyes y, entre éstos, como es natural, acuerdos que no contengan ni quitas ni esperas, y sus efectos serán los fijados en el contenido de la voluntad de las partes. Sin embargo, en el seno del concurso la propuesta de convenio tiene que contener necesariamente proposiciones de quita y/o espera.

Pero no cabe, además, desconocer que dichas normas imperativas pueden, asimismo, resultar favorables a los intereses del acreedor, al establecerse unos límites máximos a las propuestas de quita y espera que se contengan en el convenio, más allá de los cuales el mismo no resultará aprobado.

Así, el artículo 124 de la Ley Concursal en su actual redacción distingue dos mayorías para aprobar las propuestas de convenio: del 50 por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito y/o esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un

---

67 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). Sentencia núm. 750/2011 de 25 octubre. RJ 2012\434. Recurso de Casación núm. 1623/2008. Ponente: Excmo. Ferrándiz Gabriel, José Ramón.

plazo no superior a cinco años; o del 65 por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio contenga esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez y/o quitas superiores a la mitad del importe del crédito.

#### 4. ABUSO DEL DERECHO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.

Lo expuesto hasta el momento nos lleva a plantearnos si podría considerarse lícita y admisible la actuación del deudor que, plenamente consciente de la falta de concurrencia del presupuesto objetivo de pluralidad de acreedores, bien por haber sido el resto creados ficticiamente, bien por tratarse de créditos que podrían definirse como puramente testimoniales, de cuantías insignificantes, solicita de manera deliberada su propio concurso con la exclusiva finalidad de adoptar una medida de presión en las negociaciones con su único acreedor, con las consiguientes limitaciones derivadas para éste en el ámbito de dicho procedimiento, a las que no se encontraría sujeto en el de ejecución singular.

Para dar respuesta a esta cuestión debemos partir del artículo 7.2 del Código Civil, según el cual la «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

Expone en este sentido el Magistrado Enrique García García que «la doctrina del abuso del derecho supone, como nos señala la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 1 de febrero de 2006, la imposición de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, de manera que deberá ser apreciado cuando, con apoyo en una actuación aparentemente correcta, se está incurriendo en realidad en una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna. Con todo, la jurisprudencia advierte de que la aplicación de aquella doctrina debe estar presidida por un criterio restrictivo y que no debe permitirse que la invoque quien es responsable de una actuación antijurídica»<sup>68</sup>.

Y más concretamente, por lo que respecta a lo que se ha venido denominando «abuso del proceso», que no es más que la proyección de la doctrina expuesta sobre el derecho de los particulares a litigar, sostiene el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), entre otras, en su Sentencia número 669/2012, de 14 noviembre [RJ 2013\1614], que «aunque como regla en nuestro sistema rige la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit* (quien usa de su derecho a nadie lesiona), que se proyecta sobre el derecho de los particulares a pleitear y a utilizar los recursos que entiendan más adecuados para la defensa de sus intereses, cabe el abuso del derecho a litigar, afirmándose en la sentencia 63/1999, de 6 de febrero (RJ 1999, 642), reiterada en la 156/2004, de 5 de marzo (RJ 2004, 1810), y en la 598/2010 de, de 14 de octubre (RJ 2010, 8866), que “dentro del área del concepto del abuso del Derecho, existe un campo muy delimitado de actuación, como es el conocido doctrinalmente «abuso

---

68 “La invocación del abuso de derecho en los litigios en materia societaria”, García García, Enrique, Magistrado Sección 28 AP de Madrid. Publicación 6.10.10, Lefebvre.com, Lefebvre-El Derecho.

del Derecho y derecho a litigar», y que se puede definir como aquel aspecto del abuso del Derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que dentro de una contienda judicial mantiene pretensiones manifestadamente (sic) indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado «derecho a litigar»<sup>69</sup>.

En el ámbito del procedimiento concursal, pese a venir referida al ejercicio de las acciones rescisorias concursales, entendemos que es especialmente relevante, por las consecuencias prácticas que luego se dirán, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015 [RJ 2015\4346], en la que se desestima una demanda en ejercicio de la acción de rescisión por considerarse que la solicitud de concurso y ejercicio de la acción rescisoria se habían realizado con manifiesto abuso de derecho y con el único ánimo de ejercer esa acción de rescisión, dirigida exclusivamente a la reintegración de una hipoteca, cuando el concurso no era necesario.

A la conclusión que llega el Tribunal Supremo en dicha resolución es a que, «sin excesivo esfuerzo, puede colegirse que la solicitud voluntaria de la declaración de concurso y el ejercicio de la acción rescisoria ejercitada (...) iban dirigidas exclusivamente a la rescisión de la hipoteca (...), tanto la presentación del concurso de acreedores como, posteriormente, el ejercicio de la acción rescisoria, supone una anormalidad e inmoralidad en el ejercicio del derecho y una antisocialidad del daño a tercero (...)»<sup>70</sup>.

Y decimos que la anterior argumentación es especialmente importante ya que viene referida, no sólo al abuso del ejercicio de la acción rescisoria, sino también al uso abusivo que hace del procedimiento concursal quien solicita su declaración con una finalidad distinta a la legalmente prevista.

De una lectura de los fundamentos jurídicos de la citada Sentencia se infiere que, en el concreto supuesto enjuiciado, no se trata de que el titular del derecho carezca de interés o de que tal interés no sea legítimo y serio, sino que «no es proporcionado»<sup>71</sup>.

Haciendo extrapolación de dichas conclusiones al supuesto que nos ocupa, tales fundamentos parecen abrir una puerta para que los acreedores, una vez conocida la declaración de concurso, puedan recurrir frente a la tramitación del mismo siempre que se encuentre debidamente justificado que la finalidad perseguida por el deudor es contraria a los principios reguladores de esta materia<sup>72</sup>. Y es que, en el escenario planteado al comienzo de este apartado, esa anormalidad en el ejercicio de derechos se manifiesta en la utilización por el deudor de un procedimiento, el concursal, para llevar a cabo la satisfacción del crédito de un solo acreedor,

---

69 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª), Sentencia número 669/2012, de 14 noviembre [RJ 2013\1614]. Recurso de Casación núm. 597/2010. Ponente: Gimeno-Bayón Cobos, Rafael.

70 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª), Sentencia núm. 490/2015 de 15 septiembre. RJ 2015\4346. Recurso de Casación núm. 2207/2013. Ponente: Sastre Papiol, Sebastián.

71 Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015. García Vicente, José Ramón. Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Salamanca. Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num. 100/2016. Sentencias. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2016.

72 Lefebvre El Derecho, Memento Concursal, 2016, Aspectos procesales de carácter general.

cuando éste ya dispone del proceso de ejecución singular, más sencillo y menos costoso, con el que, además, evitaría verse sometido a ciertas limitaciones en el ejercicio de sus derechos que le vendrían impuestas en el ámbito concursal.

En definitiva, debe tenerse presente, como nos recuerda el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Murcia número 319/2015, de 9 septiembre, que «el interés principal y la finalidad esencial en el concurso de acreedores son los propios acreedores. Cualquier actuación que perjudique dicho interés sería contraria al espíritu de la propia Ley Concursal y a la finalidad del procedimiento universal. O podría incardinarse en un supuesto de fraude de ley»<sup>73</sup>.

## 5. CONCLUSIONES.

5.1 Todo lo expuesto nos lleva a concluir, como ya lo hace la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, que la ausencia del requisito de pluralidad de acreedores en el momento de la presentación de la solicitud de concurso se constituye en impedimento para la declaración en situación concursal del deudor.

La exigencia de dicho requisito viene determinada por el carácter universal del procedimiento concursal, dirigido a la satisfacción de los acreedores, bien mediante convenio entre éstos y el deudor común, bien mediante la liquidación ordenada del patrimonio de aquél, poniendo nuestro Ordenamiento Jurídico, además, a disposición del acreedor único que ve insatisfecho su crédito un mecanismo procesal, el procedimiento de ejecución singular, al que puede acudir para perseguir todo el patrimonio de deudor para hacer efectivo su crédito o créditos que tenga frente al mismo, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1.911 del Código Civil.

5.2 Es posible la conclusión del concurso por la ausencia de pluralidad de acreedores sobrevenida durante la tramitación del mismo -pese a no contemplar el artículo 176 de la Ley Concursal la falta de dicho presupuesto entre las causas que pueden motivarla-, cuando aquélla se produzca por la reunión en un solo acreedor de todos los créditos cuya titularidad ostentaban inicialmente distintos acreedores, siempre que la desaparición de dicho requisito se constate durante la fase común.

Distinta ha sido la solución adoptada por algunos Juzgados y Audiencias Provinciales cuando esa reunión de créditos se produce una vez finalizada esta fase, fundamentando dicha decisión en la aplicación del principio de economía procesal. No obstante, esas mismas razones prácticas han llevado a algún autor en la doctrina a sostener que tampoco en este caso tenga sentido mantener la estructura procesal de un concurso para lograr la satisfacción de un solo acreedor.

De la misma forma, la mayoría de la doctrina y tribunales se han pronunciado a favor de la conclusión del concurso cuando los acreedores han sido creados de manera ficticia

---

73 Juzgado de lo Mercantil número Dos de Murcia, Auto núm. 319/2015 de 9 septiembre. JUR 2015\236161. Ballesteros Palazón, Beatriz.

para conseguir esa pluralidad. Se trata de supuestos en los que existe «en apariencia» una pluralidad de acreedores en el momento de solicitud del concurso, que luego deja de ser tal, reduciéndose el número de aquéllos a un solo acreedor real. Y es que en tales supuestos no concurre ya desde la solicitud de concurso el presupuesto objetivo de pluralidad de acreedores, necesario para la declaración del mismo.

Por último, a diferencia de los anteriores supuestos, cuando la desaparición de dicho presupuesto objetivo se produce por el pago de todos los acreedores preferentes al último, resulta lógico que tal circunstancia no puede motivar la conclusión del concurso, que debe continuar hasta la satisfacción al último de los acreedores en los términos que en el procedimiento hayan quedado fijados.

5.3 Lo anterior, y haciendo aplicación en el ámbito del procedimiento concursal de la «la doctrina del abuso de derecho», nos lleva a concluir el uso abusivo del procedimiento concursal que hace el deudor que utiliza el mismo con la intención de forzar a su único y verdadero acreedor a negociar una solución que, en una ejecución singular, sería mucho más complicado alcanzar, quedando así sometido tal acreedor a ciertas limitaciones en el ejercicio de sus derechos impuestas en el ámbito concursal. Y ello porque resulta evidente la anormalidad y desproporción que supone poner en marcha un procedimiento con una finalidad claramente distinta a la satisfacción ordenada de los créditos de una pluralidad de acreedores.

No obstante, ante la ausencia de un mecanismo procesal en nuestro Ordenamiento Jurídico específicamente destinado a combatir este tipo de concursos, parece admisible, en base a lo expuesto, que los acreedores, una vez conocida la declaración de concurso, puedan impugnarla a través del sistema de recursos e incidentes contemplado en la Ley Concursal y, subsidiariamente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que se encuentre debidamente justificado que la finalidad perseguida por el deudor es contraria a los principios reguladores de esta materia.

Andrés Arnaldos Cascales

María Guevara Cárceles

Abogados

# CONSIDERACIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON LA RELEVANCIA DEL SILENCIO EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

*María Pilar Alonso Saura*  
*Magistrada*

## RESUMEN:

*El presente trabajo tiene por objeto el análisis del silencio de la Comunidad de Propietarios unido al transcurso del tiempo en aquellos casos en que se realizan obras que alteran los elementos comunes del edificio sin el preceptivo consentimiento de todos los propietarios, conforme a los criterios de las sentencias del Tribunal Supremo, considerando el relativismo y la disparidad de supuestos que se dan en dicha materia.*

## ABSTRACT:

*The purpose of this paper is analyzing the silence of the Homeowners' Association and the passage of time in those cases in which works are carried out that change the common elements of the building without the permission of all the owners, according to the criteria of the sentences of the Supreme Court, considering the relativism and the disparity of cases that take place in this subject*



## ÍNDICE

1. Planteamiento General
2. Prescripción
3. Consentimiento tácito y silencio
  - A. Relevancia del transcurso de tiempo desde la realización de las obras
  - B. Igualdad de trato
3. Conclusiones

### 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La Propiedad Horizontal se configura como una institución de carácter complejo, en la que coexisten propiedades distintas y separadas, cuales son la exclusiva de los comuneros sobre cada piso o espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, y la copropiedad de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio.

Dentro de la variedad de cuestiones que se plantean en el marco de la Propiedad Horizontal, son frecuentes las controversias en supuestos de realización de obras por el propietario de un piso o local que afectan a los elementos comunes del edificio, por la necesidad de conciliar la exigencia normativa de acuerdo unánime de los demás partícipes en cuanto a éstos, con la libertad que asiste al propietario para realizar obras de modificación interior.

La Ley de Propiedad Horizontal 49/60, de 21 de julio – cuya última modificación se ha efectuado por la Ley 42/2015- dispone en su artículo 7.1 que *El propietario de cada piso o local, podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad. En el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador, en concordancia con la obligación de cada propietario que establece su artículo 9,1 a), de respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los copropietarios, estén o no incluidos en su piso o local, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen daños o desperfectos*, disponiendo su artículo 17.6 que *Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación.*

De conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo nº 768/2012, de 12 de diciembre, *Las facultades del propietario de un piso o local para modificar los elementos arquitectónicos, las instalaciones o los servicios de aquél está sujeta a un doble requisito: a) respetar los*

*elementos comunes ( artículo 9 LPH ) y la consiguiente imposibilidad de realizar obras que comporten su modificación sin obtener el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios exigida para la validez de los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos y, b) que con dichas obras, como exige expresamente el artículo 7 LPH , no se menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o se perjudiquen los derechos de otro propietario.*

Con frecuencia se ejecutan en elementos privativos obras o reformas que afectan a elementos comunes del edificio sin solicitar autorización previa de la Comunidad de Propietarios, por parte de propietarios de pisos o locales, que, posteriormente, ante la reclamación de la ilegalidad de éstas formulada por la Comunidad de Propietarios , o por algún otro propietario legitimado para ello, oponen como causa de justificación el transcurso del tiempo unido a la inactividad de la Comunidad, la ausencia de reclamación o queja en cuanto a las mismas, acudiendo a instituciones que vendrían a legitimarlas, así la prescripción de la acción ejercitada y el consentimiento tácito; en ocasiones este consentimiento tácito se enlaza con la existencia de alteraciones previas en elementos comunes del edificio sin autorización realizadas por otros propietarios, que la Comunidad ha permitido sin ejercitar acción alguna contra ellos, por lo que también se alega la contravención del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española , en relación con los otros propietarios frente a los que no se ha formulado reclamación, entendiéndose que ha habido consentimientos informales para su realización y que la estimación de la demanda supondría un agravio comparativo.

Este trabajo aborda la trascendencia que corresponde al silencio de la Comunidad de Propietarios del edificio unido al transcurso del tiempo, en los supuestos de realización de obras que alteren los elementos comunes del edificio sin el preceptivo consentimiento unánime de todos los propietarios que las autoricen, analizando los criterios que resultan de sentencias del Tribunal Supremo –que se citarán posteriormente- , en una materia en que existe un acentuado relativismo, ante la diversidad de supuestos que se van suscitando en la realidad social, en concordancia con los avances tecnológicos y las exigencias de adaptación de las viviendas y locales para el adecuado disfrute de éstos.

## **2. PRESCRIPCIÓN.**

Como es sabido la prescripción de la acción supone la pérdida del derecho por no haber sido ejercitado durante el tiempo establecido legalmente; cuando se opone frente a las pretensiones de que se declare la ilegalidad de las obras inconsentidas en elementos comunes del edificio y se solicita que éstos sean reintegrados a su estado anterior, se ha suscitado controversia sobre cuál sea el plazo de prescripción, lo que su vez enlaza con la naturaleza real o personal que corresponda a la acción ejercitada.

A esta distinción se refiere la sentencia nº 540/2016, de 14 de septiembre, que resuelve un recurso de casación por interés casacional con fundamento en la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, señalando que *Lo característico de la acción real es que proporciona al titular de un derecho de tal clase la facultad de dirigirse judicialmente,*

*y de manera directa, al bien o la cosa que es objeto de su derecho. La acción real facilita la reipersecutoriedad al conferir a su titular el poder de activar la maquinaria judicial para restituirle en su derecho. La acción personal responde a una relación jurídica entre personas de modo que únicamente puede dirigirse la acción contra el obligado o, en su caso, contra quienes traigan causa de él.”, refiriéndose a “La tradicional distinción del jurisconsulto Gayo establecía que una acción es personal (actio in personam) cuando la reclamación se produce frente a quien está obligado con el demandante como consecuencia de un contrato o de un «delito», es decir, cuando se pretende del demandado que dé o haga algo a lo que resulta obligado personalmente o lo estaba su causante. Por el contrario, una acción es real (actio in rem) cuando se dirige respecto un objeto corporal porque compete al demandante un derecho sobre dicho objeto que se considera conculcado, de modo que la acción se dirige contra su detentador que aprovecha indebidamente un derecho real sobre el objeto, o contra el titular cuando lo pretendido es que se nos reconozca un derecho sobre cosa ajena.*

En relación con esta cuestión, la sentencia nº 740/1995, de 13 de julio, ante la reclamación de que se condenase al demandado a que rellenase, tapase y dejase en su primitivo e inicial estado el sótano que ha socavado, en toda su profundidad, bajo el local de su propiedad, dejándolo en el mismo estado y condiciones del suelo en que se encontraba antes de realizar las obras de excavación y adaptación del mismo, establece que *El tema concerniente a la naturaleza de la acción ejercitada en la demanda no se presenta con unos caracteres tan claros como se pretende en el recurso, pues si bien es cierto que, en principio, cuanto se refiere a un elemento común de la propiedad horizontal, como es el solar o el suelo, ofrece un matiz de índole real, en especial cuando se trata de una acción tendente al reintegro de un elemento comunitario frente al autor de la perturbación o desposesión, no lo es menos que la calificación carece de esa nitidez cuando, cual acontece en el caso de autos, la acción se ejercita contra un titular que no tuvo ninguna intervención en el hecho y se le insta a que reponga a su primitivo estado el elemento común que, en su día, fue objeto de alteración, conducta la así exigida que es de género personal, pues, en definitiva, la acción se dirige contra el titular de un local y es una consecuencia de las relaciones obligacionales que surgen de su pertenencia a una Comunidad de Propietarios regida por la Ley sobre Propiedad Horizontal, y en éste segundo supuesto, la acción vendría sometida a la norma prescriptiva del artículo 1.964, quince años, cuyo plazo habría transcurrido, habida cuenta que el sótano se construyó en Mayo de 1.973 y la demanda se presentó en 21 de Marzo de 1.991.*

La sentencia nº 1043/2002, de 11 de noviembre, en un supuesto en que la Comunidad de Propietarios pretendía la condena de los demandados a retirar las puertas de madera instaladas en el pasillo comunitario solicitando el restablecimiento de la situación anterior, indica que *No puede aceptarse la declaración que hace la Sala de instancia al declarar prescrita la acción por el transcurso de quince años; aparte de que tal excepción es apreciada de oficio, incorrectamente al no haber sido opuesta en la contestación a la demanda en que sólo se invoca la prescripción adquisitiva, olvida el Tribunal de instancia que la acción ejercitada, dirigida a obtener el reintegro del espacio ocupado a la titularidad de la Comunidad de Propietarios, como elemento común, es una acción de carácter real, a la que son aplicables los arts. 1959 y 1963 del Código Civil.*

Posteriormente, la sentencia nº3/2012, de 6 de febrero, en relación con la naturaleza de la acción ejercitada en relación con el cierre de unas terrazas, señala lo siguiente:

*A) ...tienen una naturaleza real las acciones ejercitadas en el ámbito de la propiedad horizontal que se dirigen a obtener el reintegro de espacios comunes de titularidad comunitaria que son o han sido ocupados por algún copropietario. Se trata de acciones reivindicatorias tendentes a recuperar el dominio de un concreto espacio, que teniendo naturaleza común, ha sido objeto de apropiación por parte de un copropietario.*

*B) Sin embargo esta doctrina no es aplicable al supuesto que se ahora se analiza, ya que la parte recurrente, en su día demandante, no ha ejercitado ninguna acción de naturaleza real por la que se pretendiera la recuperación del dominio de un espacio común invadido ilegítimamente por algún copropietario. La demandada es propietaria de una vivienda que tiene atribuido, para su uso privativo, una terraza de naturaleza común. Ninguna de estas circunstancias ha sido objeto de debate ni, por tanto negada por la parte recurrida: el espacio donde está situada la terraza de cuyo uso disfruta es un elemento común de uso privativo. La parte demandante ha formalizado una demanda mediante la que únicamente pretendía que se retirara por parte de los demandados la construcción realizada en la terraza de cuyo uso privativo disfrutaban porque, afectando a un elemento común, había sido ejecutada sin el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios.*

*La Audiencia Provincial tras considerar plenamente acreditado que la obra de cerramiento ejecutada en la terraza de la vivienda del demandado tiene una antigüedad muy superior a los 15 años, aplica la jurisprudencia fijada por esta Sala, conforme a la cual, acciones como la ejercitada por los demandantes, centrada en una obligación de hacer es una consecuencia de las relaciones obligacionales que surgen por la pertenencia del demandado a una comunidad de propietarios sometida al régimen de la LPH, por lo que está sometida a un régimen de prescripción de 15 años, conforme a lo dispuesto en el artículo 1964 CC.*

Las sentencias nº 740/1995, de 13 de julio, y nº 3/2012, de 6 de febrero, son consideradas en la nº 540/2016, de 14 de septiembre, anteriormente citada, que resuelve un supuesto en que la acción se ejercita para la supresión de las conducciones que fueron instaladas por los demandados en el forjado superior del garaje del edificio, mediante perforación en varios puntos, con la finalidad de dotar de una red de saneamiento a sus respectivos locales comerciales, con la consiguiente obligación de éstos de reponer el elemento común al estado en que se encontraba antes de la realización de tales obras, aprecia que *En este caso se trata de la ocupación de un espacio -del que es titular la comunidad- para crear una servidumbre de desagüe a favor de unos locales que no gozaban de tal derecho según la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, por lo que la naturaleza real de la acción comporta que sea el propietario actual del local quien esté legitimado pasivamente para soportar la acción y le compete la obligación de reintegrar el elemento común a su estado anterior sin perjuicio para la comunidad de propietarios. Es indiferente que haya sido o no el demandado el autor de la ocupación ilícita pues al adquirir el local lo hace exclusivamente con los derechos que le corresponden según el título constitutivo sin que una situación de puro hecho creada unilateralmente por un propietario anterior pueda beneficiarle frente a la comunidad.*

Esta sentencia nº 540/2016, de 14 de septiembre, mantiene, por tanto, la doctrina de la citada sentencia nº 3/2012, de 6 de febrero, en cuanto al carácter de las acciones tendentes a recuperar el dominio de un concreto espacio, que teniendo naturaleza común, ha sido objeto de apropiación por parte de un copropietario, las cuales considera de carácter real, y no aprecia la contradicción que la sentencia nº 740/1995, de 13 julio, también citada podría representar en el caso de que los demandados no hubieran sido los autores de la ocupación o utilización del elemento común para crear una servidumbre a su favor, debido a que *No obstante, a falta de otros pronunciamientos en sentido similar, no cabe hablar de doctrina jurisprudencial que haya podido ser conculcada por la resolución recurrida, cuando por el contrario existen otras sentencias que no dudan en calificar de real la acción de que se trata, como ocurre en el caso de la sentencia núm. 1043/2002 de 11 noviembre (rec. 888/1997))*. Considera el Tribunal Supremo que la acción por la que la Comunidad reclama la *restitución de cualquier elemento común a su estado anterior frente al titular del elemento privativo que pudiera beneficiarse de dicha alteración, es de carácter real y por tanto el plazo de prescripción aplicable a las mismas es el de treinta años establecido en el artículo 1963 CC*, prescindiendo, por tanto, a efectos de determinar la naturaleza de la acción y del correspondiente plazo de prescripción de ésta, de que los demandados sean o no sean autores de la ocupación o utilización del elemento común.

### **3. CONSENTIMIENTO TÁCITO Y SILENCIO.**

Frente al ejercicio de la acción dirigida a la defensa del patrimonio común, y como causa de justificación de las obras no consentidas expresamente por la Comunidad de Propietarios, se alega en ocasiones la existencia de un consentimiento tácito por el transcurso del tiempo sin mostrar queja o desacuerdo con las obras realizadas, consentimiento tácito que en ocasiones se vincula a una actuación de la Comunidad de Propietarios contraria a sus propios actos, al impugnar judicialmente una situación de hecho que ha conocido, creada y mantenida durante mucho tiempo, al retraso desleal en el ejercicio del derecho, contrario a las exigencias de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), al abuso de derecho (artículo 7.2 del Código Civil) y también con el principio de igualdad de todos los propietarios.

Ciertamente no hay duda de la posibilidad de que el consentimiento tácito pueda legitimar obras que no han sido expresamente autorizadas, si bien en relación con esta cuestión, al igual que en otras cuestiones que se suscitan en materia de Propiedad Horizontal, el casuismo es muy amplio y muy variada la problemática que se ha sometido a la resolución de Juzgados y Tribunales. Con frecuencia esta problemática se produce en supuestos de afectación de la fachada del edificio que son visibles y pueden ser percibidos por cualquier comunero, cuestionándose que el transcurso de un largo plazo de tiempo supone una aceptación de esos elementos externos.

Al respecto, es evidente que conocimiento no es equiparable al consentimiento como exteriorización de una voluntad, que puede prestarse de forma expresa o tácita. Partiendo del conocimiento por la Comunidad de Propietarios de la alteración producida en el elemento común se cuestiona la interpretación que corresponde al silencio de ésta sobre las obras ejecutadas para determinar si concurre o no un consentimiento tácito a las mismas.

En cuanto al alcance del silencio es muy ilustrativo el planteamiento que se efectúa en el voto particular formulado por el Magistrado Don Antonio Fernández Rodríguez, a la sentencia Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990, que resuelve un supuesto de obras no autorizadas en fachada del edificio, transformación de ventanas en puertas de acceso, en que se alegó la concurrencia de consentimiento tácito por la inexistencia de oposición a las obras realizadas en el año 1978 hasta el año 1986, que señala que *...si ciertamente el conocimiento no equivale a consentimiento, ni por modo general puede afirmarse que el silencio equivale a una declaración, pues el que calla en realidad ni afirma ni niega ("qui facit non utique fatetur»), sin embargo tampoco es lícito considerar el silencio como indiferente para el Derecho, al no haber duda que en algunos casos el silencio puede ser interpretado como consentimiento, es decir como manifestación de una determinada voluntad ("qui facit consentiré videtur»), de manera que el problema, en materia de silencio, no está en decidir si puede ser expresión de consentimiento, sino en determinar bajo qué condiciones puede aquél ser interpretado como tácita manifestación de ese consentimiento, que si ciertamente es materia peligrosa es de confiar al prudente arbitrio valorativo del aspecto fáctico reconocido por parte del órgano judicial al que, en cualquier fase procesal, y en consecuencia en casación, se somete la decisión judicial como consecuencia de tales hechos reconocidos, a cuyo fin han de tener suma trascendencia las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de éstas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio, pues que ellas pueden conducir a que, en algunos casos, el silencio sea susceptible de ser interpretado como asentimiento y, por tanto, manifestación del querer, partiendo para ello bien de la sencilla idea de que el silencio puede servir de prueba o presunción de voluntad, o ya porque el silencio es fuente de responsabilidad substitutiva de la voluntad, cuando las necesidades consagradas por el uso imponen manifestarse en determinado sentido, de tal manera que si no se hace así el silencio prolongado puede equivaler a una falta que puede estimarse ha de ser reparada tratando al que calló como si hubiese aceptado, siempre y cuando se evidencia que, dada una determinada relación entre personas, el modo corriente y normal de proceder implica el deber de hablar, y concretamente de manifestar disconformidad u oposición a una situación que puede afectar a sus derechos, porque en ese caso si el que puede y debe hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe ("qui siluit quon loqui et decuit el protui, sonderside videtur"), y en todo caso bajo el supuesto de que quien calla pueda contradecir, lo que ante todo presupone que haya tenido conocimiento de los hechos que motivan la posibilidad de protesta (elemento subjetivo) y que quien calla tenga obligación de contestar, o cuando menos fuese natural y normal que manifestase su disentimiento, si no quería aprobar los hechos o propuestas de la otra parte (elemento objetivo), Aprecia estas circunstancias partiendo de que la puerta litigiosa respecto de la que considera ha de estimarse el consentimiento tácito, fue abierta en el año 1978, y del conocimiento de los demandantes, no solamente por la apreciación externa que supone, sí que fundamentalmente por ser propietarios, respectivamente, de los pisos correspondientes a la edificación en que radica la planta baja en cuya fachada fue abierta dicha puerta, y la relación de parentesco -hermanos- existente con el demandado, titular dominical de aquella planta baja, señalando que *en el orden normal del discurrir humano la lógica más elemental impone que quien conocer que en edificación de que es partícipe dominical se lleva a cabo alteración de sus elementos comunes, cual es la conversión de una ventana en puerta, se**

*oponga a ello, o al menos muestre disconformidad con tal obra, y al dejar de transcurrir nueve años sin efectuarlo está claramente revelando la existencia de un consentimiento a tal obra, de forma tácita, como además lo da a entender el comportamiento cuando, por el contrario, se muestra oposición y disconformidad con la otra puerta abierta, también sustituyendo a otra ventana de la mencionada fachada del edificio para dedicarla para el acceso a la planta baja referida con la finalidad de dedicación a la industria de hostelería, ya que se actúan obstativo a esa nueva puerta, no significa con relación a la anterior construida en el año 1978, mantenida sin esa oposición durante nueve años, y solamente manifestada a raíz de construirse en el año 1986 aquella nueva puerta, está poniendo de manifiesto que lo que fue consentido para aquélla no se mantiene para ésta.*

La sentencia de 19 de diciembre de 1990 no comparte tal apreciación del silencio, en el sentido de que en el curso normal de las cosas se impone que quien conoce la alteración producida en el elemento común, se oponga a ésta o al menos muestre disconformidad con ella - y al no efectuarlo durante un periodo de nueve años revela su consentimiento-, y, por el contrario sostiene *que en el caso de autos sólo hubo pasividad, tolerancia y mero conocimiento por parte de los actores ante una situación de hecho que no les obligaba a actuar para destruir la apariencia creada por la parte contraria, pues no se encontraban en situación de silencio cualificado que permitiese extraer otras conclusiones por no hablar o actuar, faltando actos concluyentes o inequívocos para deducir de ellos el consentimiento, pues no se quiere todo lo que se conoce, por lo que reputa no consentida por los actores la modificación, ni de forma expresa ni tácitamente, y sin que la acción estuviese prescrita.* Hace referencia en su motivación a que la sentencia de 29 de enero de 1965 insiste en *ese carácter meramente negativo del silencio, que sólo adquiere relevancia jurídica cuando de antemano es tenido en cuenta por la Ley para asignarle un cierto efecto, bien sea procesal (confesión judicial), o sustantivo (tácita reconducción, elevación de renta arrendaticia), o cuando de la mera voluntad privada surgen relaciones en cuyo curso acaecen hechos que hacen precisa, para puntualizar los derechos derivados, una manifestación de voluntad que se omite, siempre que se den los requisitos a que se refiere la sentencia de 24 de noviembre de 1943, insistiéndose en que el silencio absoluto no es producto de efectos jurídicos más que en el caso de que la Ley o la voluntad de las partes se lo reconozca o conceda previamente, pudiendo hablarse de un silencio cualificado sólo cuando se junte a hechos positivos precedentes, a una actividad anterior de la parte que guardó silencio, o a particulares situaciones subjetivas u objetivas que sirvan como elemento útil para tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad (sentencia de 24 de enero de 1957).*

Posteriormente la sentencia n°465/2011, de 5 de julio, se refiere a la interpretación del silencio como consentimiento tácito, señalando que *En esta sede se ha manifestado como posible que el consentimiento prestado por la comunidad pueda ser tácito; en concreto, con valor de doctrina jurisprudencial, se ha declarado que ha de estarse a los hechos concretos para decidir si el silencio puede ser apreciado como consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad; de este modo, para poder establecer si en un determinado supuesto se ha producido un silencio por parte de la comunidad de propietarios capaz de ser interpretado como un consentimiento tácito, deberán valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de éstas y las circunstancias que preceden*

y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento ( SSTS de 26 de noviembre de 2010 [RC nº 2401/205 ] y 16 de julio de 2009 [RC nº 1007/2005 ], aparte de otras). Esta doctrina se reitera en sentencias, entre otras, nº 135/2012, de 29 de febrero, nº 171/2013, de 6 de marzo, nº 556/2013, de 4 de octubre, y nº 617/2013, de 15 de octubre.

Más recientemente la sentencia citada nº 540/2016, 14 de septiembre, resuelve un caso en que la Comunidad de Propietarios interesa que se declare la ilicitud de las tuberías de desagüe instaladas por los demandados, condenándolos a retirar las tuberías y conducciones instaladas en el techo del garaje del edificio para la evacuación de aguas residuales, hasta conectar con las bajantes comunes, reponiendo las cosas a su estado anterior. Los demandados opusieron, entre otras causas, la vulneración de la doctrina sobre el consentimiento tácito, que en este caso la parte recurrente deduce del largo periodo de tiempo transcurrido desde que se realizaron las actuaciones denunciadas –verano de 1992 y 1998- y la interposición de la demanda.

Señala esta sentencia que la apreciación de tal consentimiento dependerá en todo caso de las circunstancias que en cada supuesto puedan plantearse, teniendo en cuenta fundamentalmente la obviedad de las obras que resulten claramente apreciables para todos los comuneros (y no sólo para algunos), sin que puedan desdeñarse otras circunstancias como es el incremento del perjuicio que se derivara de las mismas por el transcurso del tiempo. En este caso no considera que tal consentimiento se haya producido y precisa que *Esta Sala ha declarado, en todo caso, que el conocimiento no equivale a consentimiento, ni el silencio supone genéricamente una declaración, pues aunque no puede ser indiferente para el Derecho, corresponde estar a los hechos concretos para decidir si case ser apreciado como consentimiento tácito, es decir, como manifestación de una determinada voluntad, de manera que el problema no está en decidir si puede ser expresión de consentimiento, sino en determinar bajo qué condiciones debe aquél ser interpretado como tácita manifestación de ese consentimiento ( sentencias 135/2012, 29 de febrero y 171/2013, de 6 de marzo, entre las más recientes).*

Conforme a la expresada doctrina no se aprecia el consentimiento tácito en la sentencia nº 465/11, de 5 de julio, *conclusión se asienta en el hecho de que la comunidad era conocedora de las obras realizadas; que incluso la demandada verificó obras en el edificio para compensar las molestias ocasionadas; que se había tratado en junta de propietarios, en punto del orden del día, las obras ejecutadas por la recurrida sin que se adoptara acuerdo alguno sobre prohibirlas o impugnarlas; y que las obras finalizaron en el año 1988; lo que permite, concluir que existió un consentimiento tácito otorgado por la comunidad de propietarios que impide estimar la demanda.-cuando finalizaron las obras 10 años antes de interponerse la demandas, ya eran conocidas por la comunidad de propietarios.*

También se excluye la existencia de un consentimiento tácito de la Comunidad de Propietarios en la sentencia citada de nº 171/2013 de 6 de marzo, en consideración *a la conducta desplegada por la comunidad durante los años que precedieron a la presentación de la demanda al constar acreditados varios requerimientos expresos efectuados en distintas juntas de propietarios celebradas al menos desde el año 1997, instando a los demandados a que cesaran la ocupación o al menos retribuyeran a la comunidad por el uso privativo, señalando que la circunstancia de que se llegara a plantear y reclamar una compensación económica por dicho uso no puede tener otra significación que la de hacer patente la inten-*



*ción de la comunidad de ejercer sus derechos en cualquiera de las formas permitidas sobre los elementos de su propiedad.*

*La sentencia también citada n° 617/2013, de 15 de octubre, acepta la conclusión de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en el sentido de que se consintió implícitamente por la comunidad la ejecución de las obras de reparación y consolidación del forjado, señalando que “las obras no fueron clandestinas sino explícitas, efectuándose una convocatoria de Junta General Extraordinaria, en la que los comuneros delegaron en el Presidente y el Administrador para el examen de las mismas, tras el cual no consta objeción alguna por parte de los representantes de la Comunidad quienes dieron su conformidad, ni solicitud de nueva convocatoria por el ahora demandante, instando la proscripción de las obras.*

#### **A. Relevancia del trascurso de tiempo desde la realización de las obras.**

En relación con las circunstancias que acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento, se ha admitido la voluntad tácita de los copropietarios manifestada por el transcurso pacífico de largo tiempo sin formular reclamación alguna, cuya duración temporal varía atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso.

Así, en la sentencia n° 14/2007, de 31 de enero, en un supuesto de demanda de la Comunidad de Propietarios contra dos propietarios con la pretensión de que repongan el hueco de la escalera y el patio exterior al estado en que se encontraba anterior a las obras realizadas por éstos, indica que STS19/12/2005 .- *Se formuló demanda por un copropietario deduciendo, entre otras, la pretensión de que se condenase a los demandados a reponer los elementos comunes modificados al estado en que quedan descritos en la escritura de obra nueva y división horizontal de la finca. Señala que “La sentencia recurrida fundamenta su fallo desestimatorio de la demanda en la doctrina jurisprudencial, recogida en las sentencias que cita, del consentimiento tácito de la Comunidad. Esta doctrina es ratificada por la sentencia de 13 de julio de 1995 según la cual: “La realidad del tiempo transcurrido, dieciocho años, sin objeción alguna de la existencia del sótano permite traer a colación determinada doctrina de la Sala en torno a la exigencia por la Ley de Propiedad Horizontal del acuerdo unánime de todos los copropietarios para modificar o alterar los elementos comunes del inmueble, al declararse que es preciso que tal consentimiento aparezca suficientemente acreditado y concluyente, pero admitiendo la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a esta conclusión, doctrina la expresada que se encuentra recogida, entre otras, en las sentencias de 28 de abril de 1986 , y 28 de abril y 16 de octubre de 1992 , y tiene su explicación en que, en razonamiento de la sentencia de 16 de octubre de 1992 , el transcurso pacífico de tan largo periodo de tiempo, veinte años, sin formular reclamación alguna, debe producir el efecto de tener por renunciado al derecho impugnatorio pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales, y del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe, y, asimismo, la doctrina expuesta tiene acogida en la sentencia de 21 de mayo de 1982 , de aplicación al caso que tratamos aunque el supuesto fáctico se refiere a una reclamación de cantidad, en cuanto señala “que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro (prohibición de ir contra los actos propios) y, especialmente, infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que*

*la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo (retraso desleal), vulnerando, tanto la contradicción con los actos propios, como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que determinan que el derecho se torne inadmisibles, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico al amparo de la preceptiva contenida en el art. 7.1 del Código Civil.*

Considera correctamente aplicada esta doctrina, al declararse en la sentencia recurrida una tolerancia a los actos de los demandados durante un periodo no inferior a dieciocho años, y la existencia de un consentimiento tácito a dicha actuación, así como con respecto a la ocupación de un hueco de la caja del portal por los demandados, cuya obra fue realizada en el año 1976, nunca ha existido objeción alguna por la actora, lo que significa la consolidación de dicho estado por aquellos durante un amplísimo periodo de tiempo, en que ha quedado de manifiesto la voluntad de la Comunidad del cambio en la situación de hecho mediante su implícita aquiescencia.

Posteriormente la sentencia nº 1073/2007, de 5 de octubre, se refiere a la correcta aplicación por la sentencia recurrida de la misma doctrina jurisprudencial sobre el consentimiento tácito de la Comunidad de Propietarios, al apreciar en lo que atañía a la chimenea de extracción de humos que la obra en esencia se ejecutó casi ocho años antes, y que se ha reformado siguiendo las directrices municipales, concluyendo que a lo largo de los años ha existido el consentimiento necesario para que el demandado mantenga su negocio, y las instalaciones precisas para su desarrollo, máxime cuando el demandado ha atendido a los requerimientos municipales subsanando sus deficiencias.

La sentencia de 23 de octubre de 2008 declara como doctrina jurisprudencial la presencia de consentimiento tácito en las obras realizadas unilateralmente por el titular de la vivienda en la fachada del edificio de la Comunidad, habida cuenta de que del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia a tal situación, sin que durante un largo periodo de tiempo se hubiera efectuado impugnación alguna pese a su notoriedad –desde el año 1990 al 1998–, motiva que Sala tiene declarado lo siguiente: *Evidente que la reglamentación negocial de interés pueda exteriorizarse a través del comportamiento, existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de voluntad interna; en definitiva, se trata de los llamados hechos concluyentes <<facta concludentia>> y como tales inequívocos que sin ser medio directo de exteriorización del interno sentir lo de a conocer sin asomos de duda, de suerte que “el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia a una determinada situación” (STS de 24 de mayo de 1975 y la misma doctrina en la 24 de enero de 1965 ), (STS de 26 de mayo de 1986 ), añadiendo que “Por las razones expuestas procede deducir que ha existido en el caso de autos un consentimiento tácito de todos los propietarios existentes cuando las modificaciones del elemento común se efectuaron, deduciendo esta voluntad del asentimiento que supone el haber consentido durante tan largo periodo de tiempo sin haber efectuado impugnación de clase alguna” (STS de 12 de octubre de 1992).*

En el mismo sentido la sentencia n° 993/2008, de 5 de noviembre, valora que en el caso de autos se aceptó desde su inicio el cerramiento del patio ejecutado por el demandado sin que durante un largo período de tiempo se hubiera verificado impugnación alguna, lo que permite considerar la existencia de un consentimiento tácito. En este caso, los demandados habían cerrado parte de la terraza, propiedad de la Comunidad pero de uso exclusivo de aquéllos, entre siete y trece años antes de la presentación de la demanda, y las obras eran conocidas por todos los copropietarios y no afectaban a la seguridad del edificio.

También la sentencia n° 564/2009, de 16 de julio, aprecia el consentimiento tácito ante la inactividad de la Comunidad de Propietarios o de alguno de sus integrantes durante un largo periodo de tiempo, destacando *que el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia a una determinada situación, en este caso el cerramiento del patio por parte del demandado, sin que durante un largo periodo de tiempo se hubiera manifestado impugnación alguna pese a su notoriedad, como efectivamente así ha sucedido en el caso que se examina, ya que, .... no ha sido contradicho por la Audiencia el hecho de que el cierre del patio tuviera la antigüedad indicada por el Juzgado de Primera Instancia, que la fijaba en torno a unos 20 años, y declara como doctrina jurisprudencial la presencia de consentimiento tácito en las obras realizadas unilateralmente por el titular de la vivienda en el patio de la Comunidad, habida cuenta de que del comportamiento de la parte actora y de la Comunidad de Propietarios resulta implícita su aquiescencia a tal situación, sin que durante un largo periodo de tiempo se hubiera efectuado impugnación alguna pese a su notoriedad.*

Posteriormente, la sentencia anteriormente citada n°135/2012, de 29 de febrero, al resolver sobre una demanda mediante la que un propietario de una vivienda situada en un edificio sometido al régimen de Propiedad Horizontal solicitó se declarara la ilegalidad de la obra llevada a cabo por otro copropietario, consistente en abrir un hueco en la pared medianera del edificio para comunicar de modo directo con el hotel colindante, solicitando también que se condenara a la parte demandada a dejar la pared en el estado anterior, precisa que *La Audiencia Provincial ha declarado que tanto las obras realizadas en el año 1989 como en el año 1991, que supusieron, tras la apertura de un hueco en la pared medianera del edificio a la altura de la planta primera, una comunicación física entre el inmueble donde se sitúa la vivienda del actor y el hotel colindante, han sido tácitamente consentidas. Tras analizar la prueba practicada, ha concluido que verbalmente se autorizó al hotel a llevar las obras, y que desde su realización, ningún copropietario ha manifestado su oposición a las mismas ...*, refiriéndose a una interpretación restrictiva del consentimiento, al añadir que *el consentimiento tácito comprobado por la Audiencia Provincial en relación a obras realizadas en el pasado, no equivale a un consentimiento tácito genérico para obras de futuro que afecten a elementos comunes, aunque el elemento común sea el mismo.*

## **B. Igualdad de trato**

En ocasiones, para fundamentar la legitimidad de las obras realizadas sin la autorización requerida, se invoca la existencia en el edificio de obras en las mismas condiciones ejecutadas por otros propietarios contra los que no se han ejercitado las correspondientes acciones, con vulneración del principio de igualdad en las relaciones comunitarias, al regir en el ámbito

de la Propiedad Horizontal con carácter general, el principio de que consentir a unos propietarios lo que se niega a otros es un supuesto de discriminación contrario al artículo 14 de la Constitución Española (sentencia nº 866/2011, de 17 de noviembre).

Es doctrina jurisprudencial contenida entre otras en las sentencias nº 970/2001, de 9 de enero de 2012, y nº 469/2012, de 18 de julio, que el principio de igualdad prohíbe las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

Conforme a la sentencia nº 801/2012, de 4 de enero de 2013, la jurisprudencia relativa a la discriminación o desigualdad de trato se basa en *las circunstancias fácticas del caso concreto y en la preferencia de las actuaciones que persiguen finalidades amparadas por la norma (SSTS 5 y 12 de diciembre 2012, números 751 y 768, 2012)*, finalidad amparada por la norma a que también se refiere la sentencia nº 326/2015, de 17 de junio.

Aplicando esta doctrina, la sentencia de nº 808/2010, de 26 de noviembre resuelve un supuesto en que la Audiencia Provincial (tras valorar la existencia de construcciones análogas permitidas por la Comunidad así como la preexistencia de un cerramiento anterior llevado a cabo por quienes vendieron a los posteriormente propietarios el inmueble en cuestión) declara la validez de la construcción ejecutada; el Tribunal Supremo concluye que no es admisible el trato desigual entre los comuneros, por lo que consentida una alteración similar realizada por uno de ellos, así como la ejecutada en el mismo inmueble de los demandados por un propietario anterior y dado que la obra realizada por estos no menoscaba la seguridad del edificio, no pudiéndose estimar la demanda.

Por el contrario se excluye la vulneración del principio de igualdad y no discriminación cuando valorando las circunstancias del caso se aprecia que:

#### 1. No ha habido consentimiento a las obras anteriores.

Así, la sentencia nº 970/2011, de 9 de enero, precisa que *la vulneración de este principio no puede sustentarse únicamente en la existencia de un supuesto similar, porque, como expone la Audiencia Provincial, tampoco ha sido consentido por la comunidad de propietarios, pues, del mismo modo que las obras efectuadas por el recurrente, también las ejecutadas con anterioridad en la fachada del edificio, han sido objeto de impugnación. El hecho de que la parte demandante no haya reaccionado con la misma celeridad para exigir la retirada de obras realizadas en elementos comunes sin el consentimiento unánime de los copropietarios, no es base suficiente para imponer a la comunidad de propietarios la validez de los cerramientos ejecutados. En definitiva la supuesta desigualdad que supondría exigir al recurrente que repusiera la fachada a su estado anterior, es artificiosa pues no se funda en criterios objetivos ni razonables.*

La sentencia nº 866/2011, de 17 de noviembre, al referirse a la necesidad de tratamiento igualitario de situaciones idénticas, parte del hecho fijado en la sentencia recurrida de apropiación de un elemento común por parte de la recurrente, sin que, por otro lado, constituya un hecho acreditado que el cerramiento con vallas de otros jardines de la misma Comunidad de Propietarios se hubiesen ejecutado sin el consentimiento preceptivo de la junta de propietarios, hecho que de concurrir, legitimaría la actuación llevada a cabo por otros copropietarios,

y estima que *no constituye un hecho probado en autos que las obras efectuadas anteriormente, consistentes en el cerramiento de jardines, no hayan sido autorizadas, por lo que, las situaciones jurídicas serían diferentes y no resultaría de aplicación la doctrina relativa a la prohibición de la discriminación alegada por la parte recurrente.*

## 2. No se trata de alteraciones iguales o similares.

Se excluye que exista tratamiento discriminatorio al tratarse de obras de distinta naturaleza, en sentencias n° 469/2012, de 18 de julio, y n° 171/2013, de 6 de marzo. Asimismo, el caso resuelto en la sentencia n°768/2012, de 12 de diciembre se indica que no se trata de un supuesto similar: *el hecho de que otras obras hayan sido consentidas por la comunidad de propietarios, obedece sin duda a la distinta trascendencia e importancia de unas y otras en la estética del edificio.*

## 3. Concurrencia de justa causa y finalidad legítima.

La sentencia anteriormente citada n° 768/2012, de 12 de diciembre, destaca que *La interposición de la demanda objeto de este procedimiento persigue un fin claro amparado por la norma, como es que no se lleven a cabo alteraciones importantes en elementos comunes de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, si no es con la autorización unánime de los copropietarios. La actuación de la demandante se funda en una justa causa y su finalidad es legítima, por lo que no puede ser calificada su pretensión como abusiva.*

La finalidad amparada por la norma también es valorada en las sentencias n° 801/2012, de 4 de enero, y la n° 326/2015, de 17 de junio, que excluyen la vulneración del principio de igualdad por no concurrir ninguna de las circunstancias exigidas.

En tal sentido la sentencia n° 801/2012, de 4 de enero, considera lo siguiente:

*a) Sobre todo, no puede hablarse de consentimiento tácito de la Comunidad de Propietarios respecto de la otra instalación y de renuncia de las acciones al respecto, ni tampoco que se haya acreditado su posible prescripción extintiva.*

*b) Frente a dicha instalación, de un único aparato de aire acondicionado, los demandados, hoy recurridos, han instalado dos aparatos de aire acondicionado en dos locales de su propiedad con apertura de dos huecos en la fachada del edificio y en la pared interior del mismo, con una clara desproporcionalidad respecto del caso anterior.*

*c) El resto de los propietarios tienen correctamente instalados sus aparatos de aire acondicionado.*

La sentencia n° 326/2015, de 17 de junio, se basa en las siguientes consideraciones:

*a) La acción ejercitada por la comunidad de propietarios viene expresamente amparada por la normativa aplicable.*

*b) Las obras realizadas carecen de la pertinente autorización sin que pueda alegarse que la junta de propietarios haya autorizado a ejecutar obras iguales o similares a las aquí objeto de Litis.*

c) *Tampoco se acredita que la junta de propietarios haya renunciado a acciones interpuestas en el sentido examinado.*

d) *En todo caso, y con los anteriores antecedentes, tampoco resulta contrario al principio de igualdad que la junta, en el ejercicio de su competencia, pueda, en un determinado momento y de cara al presente, variar su postura acerca de las obras meramente consentidas, de acuerdo con la normativa aplicable.”, refiriéndose posteriormente, al aludir a la inexistencia de abuso de derecho, a que la comunidad persigue una finalidad que beneficia al conjunto de propietarios, esto es, la preservación de la fachada del edificio respecto de las alteraciones no autorizadas, y que su actuación resulta coherente con los precedentes examinados (actos propios) en donde la comunidad sólo ha autorizado determinadas obras en determinados pisos del edificio (los pisos bajos) y no ha renunciado a las demandas interpuestas contra otros propietarios por alteración de la fachada.*

## **CONCLUSIONES.**

En una materia como es la Propiedad Horizontal de gran trascendencia social y acentuado relativismo, ante la cuestión que frecuentemente se suscita en la práctica sobre la existencia de un consentimiento tácito a la realización por los propietarios de los diferentes pisos o locales, de obras que afectan a los elementos comunes del edificio, sin el preciso consentimiento de la Comunidad de Propietarios, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo pone de manifiesto la necesidad de valorar las circunstancias concurrentes en cada caso; en cuanto a la trascendencia del silencio y la inactividad de la Comunidad de Propietarios o de los propios integrantes de ésta, esta jurisprudencia permite concluir:

Por una parte, que esta inactividad unida al transcurso del plazo aplicable determinará la prescripción de la acción por la que la Comunidad reclama la restitución de cualquier elemento común a su estado anterior frente al titular del elemento privativo que pudiera beneficiarse de dicha alteración, plazo de treinta años propio de las acciones de carácter real, conforme al artículo 1963 del Código Civil.

Por otra, que aun cuando el conocimiento no puede equipararse a consentimiento, tratándose de obras claramente apreciables para todos los comuneros, y no concurriendo ninguna otra circunstancia obstativa, podrá ser interpretada como consentimiento tácito a las obras realizadas cuando la Comunidad de Propietarios y los propios integrantes de ésta concedores de su realización, se han mantenido en silencio durante un largo periodo de tiempo.

Finalmente, el consentimiento tácito a las obras podría venir determinado por el anterior consentimiento en la misma forma respecto a otras obras iguales o similares realizadas por otros propietarios, respecto de las que no se ha formulado reclamación, en virtud del principio de igualdad cuando la diferencia de trato no se funde en criterios objetivos y razonables y no persiga un fin claro amparado por la norma.

En todo caso, se trata de criterios generales que deben aplicarse a cada supuesto concreto, atendiendo a sus específicas circunstancias, con la diversidad propia de la importante dimensión que en la realidad social ha adquirido la Propiedad Horizontal.

## EL ACTUAL MODELO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS EXIGENCIAS LEGALES

*A la memoria de Felipe Ortega, con tristeza por su ausencia consolada por la satisfacción que me proporcionó su sincera amistad, estarás siempre en mi recuerdo.*

*Encarna Serna Meroño  
Profesora de Derecho Civil*

### RESUMEN:

*La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad consagra el llamado modelo social de protección de estas personas. Su repercusión en España ha motivado una modificación legislativa importante, si bien es preciso un cambio más en profundidad de la incapacitación y de las demás instituciones de protección de las personas con discapacidad con el fin de adaptarlas a las exigencias establecidas en la Convención.*

### PALABRAS CLAVES:

*Discapacidad. Incapacitación. Instituciones de protección para personas con discapacidad. Asistencia.*

### ABSTRACT:

*The Convention on the rights of the persons with disabilities promotes a social model of protection of these people. His impact in Spain has motivated an important legislative change but is required to deepen into the proceedings for legal incapacitation and about the institutions of protection of disable people in order to adapt to the requirements established in the Convention.*

### KEY WORDS:

*Disability. Incapacitation. Protection institutions for disable people. Assistance.*

## SUMARIO:

1. Evolución social y legislativa en el tratamiento de las personas con discapacidad.
2. Mecanismos de protección de las personas con discapacidad.
3. ¿Es necesario un cambio del sistema legislativo en España para adecuarlo al actual modelo de protección de las personas con discapacidad?
4. Reflexiones finales.
5. Bibliografía.

## 1. EVOLUCIÓN SOCIAL Y LEGISLATIVA EN EL TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La valoración social de las personas con discapacidad ha tenido una importante evolución a lo largo del tiempo, y este proceso se ha visto reflejado también en sucesivos cambios legislativos con el fin de adaptarse a las consideraciones sociales de cada momento.

En épocas muy primitivas la situación de las personas con discapacidad era de una brutal discriminación<sup>74</sup>. A medida que evoluciona la sociedad se produce un cambio en paralelo en el enfoque sobre la protección de las personas con discapacidad.

En esta sede, sólo nos es posible referirnos y de manera breve a los modelos que han tenido una mayor relevancia en los últimos tiempos, el llamado modelo médico y el modelo social.

Durante mucho tiempo se utilizó el modelo médico-rehabilitador, en dicho modelo las personas con discapacidad son consideradas como pacientes objeto de tratamiento médico, pues se considera que las causas que originan la discapacidad derivan de limitaciones individuales de la persona y el fin primordial que se persigue es normalizar a las personas con discapacidad y para ello es imprescindible rehabilitar a dichas personas psíquica, física, mental o sensorialmente.

Este modelo ha sido superado y en la actualidad se ha pasado a otro modelo más abierto donde la condición de la persona ha pasado a un primer plano y la existencia de la discapacidad ha quedado en una posición secundaria, dando lugar a un reconocimiento jurídico y a un pleno respeto de la dignidad de las personas con discapacidad, esta situación ha llevado consigo la proclamación de la igualdad jurídica de todas las personas, sin que pueda preva-

---

74 Por todos ver PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Discapacitadas*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008. Analiza los distintos modelos que a lo largo de los años ha caracterizado el tratamiento de las personas con discapacidad. Así señala, el modelo más primitivo al que llama modelo de prescindencia, en donde las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso, y en el que las personas con discapacidad se consideran innecesarias. En la sociedad se prescinde de las personas con discapacidad, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, o ya sea situándolas en el espacio destinado para los anormales y las clases pobres, con un denominador común marcado por la dependencia y el sometimiento, en el que asimismo son tratadas como objeto de caridad y sujetos de asistencia, págs. 30 y ss.



lecer discriminación alguna por razón de la existencia de una limitación física, psíquica o sensorial<sup>75</sup>.

Este importante cambio social en el trato de las personas con discapacidad se ha reflejado en las reformas legislativas que han afectado no solo al ordenamiento jurídico español, sino también al internacional, en ambos se constata una renovación muy profunda en la ordenación de la protección de las personas con discapacidad.

En la esfera internacional es preciso destacar la importancia de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CIDPD) aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) que ha supuesto un verdadero hito en la protección de las personas con discapacidad. La Convención proclama como propósito inicial la promoción, protección y aseguramiento del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, y la promoción y respeto de su dignidad inherente. Es necesario observar que esta Convención no introduce nuevos derechos, lo que hace es recordar que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que todas las personas tienen los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de índole alguna, se reafirma por tanto la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, y la necesidad de garantizar que también las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación.

La propia Convención reconoce en su Preámbulo la evolución del concepto de discapacidad y asume en su tratamiento el llamado modelo social e integrador<sup>76</sup>, donde la discapacidad no es entendida como una característica del individuo sino como el resultado de la interacción entre una persona con unas circunstancias personales concretas, esto es, con las deficiencias que pudieran afectarle y un entorno que limita, obstaculiza o impide el ejercicio de sus derechos. En atención a este planteamiento, se dispone que persona con discapacidad es aquella que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (artículo 1 in fine). Esta concepción exige de la sociedad actuaciones de estricta justicia y que deben ser puestas en práctica. Dichas medidas involucran un cambio de actitud en cuanto que la sociedad debe acoger a las personas con discapacidad e incluirlas en su seno, aceptando su modo de ser y de actuar con y desde la discapacidad, con pleno derecho; pero también supone cambios de diseño en los recursos públicos y en las instituciones públicas<sup>77</sup>.

---

75 GANZENMÜLLER ROIG, C. y ESCUDERO MORATALLA, J. F., *Discapacidad y Derecho*, Editorial Bosch. Barcelona, 2005, pág. 58.

76 Un estudio en profundidad del llamado modelo social se puede ver en PALACIOS RIZZO, A. ob. cit, págs. 103 y ss.

77 MARÍN CALERO, C., *El Derecho a la propia discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013 pág. 134.

El Estado español ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. Por otra parte, la Unión Europea por decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009, aprobó la CIDPD, Convención de la que es parte desde el 23 de diciembre de 2010.

Es preciso recordar que con anterioridad a la Convención, la legislación española ya contaba con una regulación importante en materia de protección de las personas con discapacidad. En efecto, como desarrollo de la Constitución y en concreto de su artículo 49 donde se sigue, por una parte, un modelo médico-rehabilitador en cuanto exige a los poderes públicos que realice *“una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran”*. Por otra parte, también se contempla un presupuesto básico del modelo social, ya que en el inciso final del mencionado precepto se establece también que los poderes públicos *“los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*. En este contexto se aprobó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad. Años después al evolucionar el tratamiento de la discapacidad se dictó la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que supuso un importante impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad. En la misma, se establecían sobre los principios de no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal un conjunto de disposiciones que perseguían con nuevos medios un objetivo fundamental: garantizar y reconocer el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social.

Las medidas introducidas iban encaminadas a fomentar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad para facilitar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, y disponer acciones positivas orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad. Además, se incorporaba la expresión de accesibilidad universal, entendiendo por tal la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible.

Es evidente, que la no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, de discriminación indirecta en este caso, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquellas que no lo son, al igual que ocurre cuando una norma, criterio o práctica trata menos favorablemente a una persona con discapacidad que a otra que no lo es.

Además la mencionada Ley, preveía infracciones y sanciones que se hicieron realidad con la aprobación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se organiza el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La ratificación por España de la Convención ha supuesto conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la CE, que su contenido forme parte del ordenamiento interno, por lo que ha implicado una necesaria adaptación y modificación de diversas normas

con el fin de hacer efectivos los derechos que la Convención recoge. En este sentido hay que citar diversas disposiciones. En un primer momento se aprobó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, con la correspondiente regulación reglamentaria recogida en el RD 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. También la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

La dispersión normativa existente ha justificado la aprobación del Real Decreto Legislativo de 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que pretende clarificar la regulación vigente aplicable<sup>78</sup>.

## 2. MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El desarrollo de este apartado exige unas previas precisiones terminológicas, puesto que en la actualidad el ordenamiento jurídico español utiliza una diversidad de expresiones con dimensión jurídica que si bien tienen unos presupuestos y efectos distintos se pueden superponer. En efecto, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil utilizan el término *inca-pacitación* para referirse a un estado civil cuya declaración precisa un previo procedimiento donde un juez constata que la persona sufre una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que le impide gobernarse por sí misma y con la finalidad de proteger a dicha persona instituye una serie de medidas que según los casos afectan a su esfera personal y patrimonial y en otras ocasiones solo a su esfera patrimonial. La incapacitación supone una limitación a la capacidad de obrar de la persona, esto es, a la posibilidad de realizar actos jurídicos con plena eficacia jurídica.

En otros cuerpos legales de muy diversa naturaleza se usan las expresiones de *discapaci-dad* y *dependencia* para referirse a situaciones en las que la persona padece una enfermedad o deficiencia que puede ser física, mental, intelectual o sensorial con carácter duradero que impide a la persona su participación plena y efectiva en la sociedad y le dificulta disfrutar de los derechos inherentes a su condición de persona, aunque no siempre comporte la imposibilidad de su autogobierno, sin detrimento de que en ocasiones dichas deficiencias exijan una modificación en su capacidad de obrar.

---

78 En este sentido, el RDLeg. 1/2013 dispone en su Disposición derogatoria que “Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y en particular, por integrarse en dicho texto refundido: a) La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad. b) La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. c) La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La doctrina ha señalado que las diferencias entre todas estas figuras son significativas, puesto que cuando se alude a la incapacitación se está teniendo en cuenta de manera fundamental la seguridad jurídica y la protección del tráfico jurídico; y cuando se dispone sobre discapacidad y dependencia se apunta a la protección de los derechos fundamentales de la persona, a su dignidad y a la aplicación del principio fundamental de igualdad real de oportunidades<sup>79</sup>.

El Código civil establece un catálogo de instituciones protectoras para el caso de que tras el previo procedimiento se declare la incapacitación de la persona, donde se encuadran la tutela, curatela y el defensor judicial (Cfr. Art. 215)<sup>80</sup>.

Aunque sea de manera muy sucinta debemos distinguir entre estas figuras. En primer lugar, señalar que la **tutela** es la institución tuitiva más amplia, su esfera de actuación comprende tanto el ámbito personal como el patrimonial de la persona incapacitada, el tutor tiene la representación legal del tutelado y por ello podrá realizar todo tipo de actos jurídicos que afectarán de manera directa a su representado-tutelado. No obstante, el tutor precisa autorización judicial para la realización de determinados actos de gran trascendencia (Cfr. Art. 271 Cc).

Las funciones tutelares constituyen un deber y se ejercerán en todo caso en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (Cfr. Art. 216 Cc), su ejercicio se realizará bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado (cfr. Art. 232 Cc).

El Código civil dedica a la tutela una mayor reglamentación que a las otras figuras, ya que se configura como paradigma de las instituciones protectoras de la persona incapacitada. En su ordenación también se recoge una serie de disposiciones encaminadas a regular los criterios para la delación de la tutela y el nombramiento del tutor (Cfr. Arts. 234 a 258), el ejercicio de la tutela (Cfr. Arts. 259 a 275) y los modos de extinción de la tutela y la rendición final de cuentas (Cfr. Arts. 276 a 285).

La **curatela** es una institución que tiene un menor alcance e incidencia en la esfera jurídica de la persona sometida a la misma, su finalidad es complementar la capacidad de la persona incapacitada, y la asistencia del curador solo la dispondrá la autoridad judicial para la realización de determinados actos, generalmente, de naturaleza patrimonial. El curador no será nunca representante del incapacitado y por tanto no podrá realizar actos por sí solo que repercutan directamente en la esfera jurídica de la persona sometida a curatela ya que necesariamente deberá consentir y participar en todos los actos que le afecten.

---

79 En este sentido se pronuncia, GARCÍA GARNICA, M.C. “Discapacidad y dependencia (I): Concepto y evolución jurídica” en *Tratado de Derecho de la persona física T.II* Dirigido por GETE-ALONSO, M.C. y Coordinado por SOLÉ RESINA, J. Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 184.

80 Para un análisis más detallado de estas instituciones ver, entre otros, a QUESADA GONZÁLEZ, M<sup>o</sup> C. *Tutela y otras instituciones de protección de la persona (un estudio de sentencias, autos y resoluciones)*, Atelier, Barcelona, 2004; PALOMINO DÍEZ, I. *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; TORRES MATEOS, M. A. *Tutela, curatela, guarda de menores o incapacitados y defensor judicial*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007; ORDÁS ALONSO, M. *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.

El *defensor judicial* es una figura protectora de carácter transitorio, pues la ley prevé su nombramiento en aquellas situaciones donde el tutor o curador no pueda hacerse cargo de la protección del incapacitado, porque existan intereses en conflicto entre el tutor o el curador y la persona incapacitada, también en los supuestos, que por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta el cese de la causa determinante o se designe a otra persona para desempeñar el cargo y en todos los demás casos previstos por el Código ( Cfr. Art. 299 Cc).

El defensor tendrá las atribuciones que la autoridad judicial considere convenientes en el momento de su nombramiento al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida (Cfr. Art. 302). Su designación siempre tiene un carácter temporal o provisional, ya que su intervención se limita a los supuestos enumerados en la ley. Hay que advertir que en aquellos casos en los que sustituye al tutor puede asumir también su función de representante del incapacitado.

En el contexto que estamos analizando conviene también recordar que el Código civil prevé la *patria potestad prorrogada* para el caso de que a un hijo menor de edad se le incapacite y cuando llegue a la mayoría de edad por mandato legal se prorrogará la institución básica de protección de los hijos menores de edad. Si el hijo es mayor de edad, soltero y viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, si resulta incapacitado se dispone la *patria potestad rehabilitada* que la ejercerá quienes le correspondiere si el hijo fuera menor de edad (cfr. Art. 171).

Por otra parte, cuerpos legales de diversa naturaleza aluden a una serie de figuras encaminadas a proteger a las personas con discapacidad o en situación de dependencia, siendo posible en algunos casos que sea la propia persona la que en el ejercicio de la autonomía de su voluntad señale el instrumento que considere más adecuado para la protección de sus intereses, todas estas medidas no presuponen necesariamente una limitación a la capacidad de obrar de la persona con discapacidad o dependencia. Son mecanismos de protección que pueden afectar a la persona tanto en su esfera personal como patrimonial.

Sin ánimo exhaustivo podemos indicar, entre otras, *el patrimonio protegido* regulado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria Este mecanismo supone la creación de un patrimonio especialmente protegido, separado o de destino a favor de la persona con discapacidad, con independencia de si está o no incapacitado, que se logra con la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio dichas personas dónde se establecen los medios adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Este mecanismo ha sido poco efectivo, la doctrina ha criticado la complejidad de la ley y la dificultad para su aplicación<sup>81</sup>. En la actualidad, se evidencian sus dificultades por el escaso número de patrimonios protegidos que se han establecido<sup>82</sup>.

Otras figuras relevantes son la *autotutela* y el *poder preventivo* ambas reguladas en el Código civil tras su reforma introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria. La autotutela es la facultad reconocida a cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, para en previsión de ser incapacitada judicialmente en un futuro, poder adoptar en documento público notarial cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes incluida la designación de tutor (cfr. Art. 223 Cc).

El poder preventivo también se puede considerar como un medio de protección de la persona con deficiencias persistentes, ya que si bien en condiciones generales la incapacitación sobrevenida del mandante extingue el mandato, sin embargo es posible que en ese mismo mandato se hubiera previsto su continuación o incluso que el propio mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste, en estos casos se prevé que el mandato pueda terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor (cfr. Art. 1732 Cc).

La doctrina ha señalado que ambas instituciones tienen un fundamento similar. Por una parte, el respeto a la voluntad de la persona expresada con anterioridad a verse afectada por una discapacidad sobrevenida. Por otra, se asienta en la plena confianza que se tiene en la persona a la que se nombra previamente tutora o apoderada ya que será la que se hará cargo de todos los asuntos de la persona una vez manifestada la discapacidad. No obstante, también se pone de manifiesto las diferencias existentes. En efecto, la autotutela comporta la aplicación del sistema de incapacitación establecido en la legislación y por tanto exige la constitución de alguna de las instituciones de protección de la persona incapacitada (curatela o tutela), pues con la autotutela se da una previsión voluntaria de una eventual designación de tutor o curador, haciendo posible incluso la exclusión de quien podría ser nombrado tutor en aplicación del orden de prelación legal. Por el contrario, el poder preventivo supone un medio de protección que no precisa necesariamente la intervención judicial, ya que una persona con

---

81 Vid en ORTEGA SÁNCHEZ, F. “El patrimonio protegido” en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, coordinado por GARCÍA-RIPOLL, M. y LECIÑENA IBARRA, A. Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014 pág. 243. Señala el autor que a la vista de la nueva realidad social, la ley le parece insuficiente y por ello aboga por una profunda modificación del Código civil en materia de sucesiones y en concreto en las limitaciones impuestas a los testadores en relación a la cuantía de las legítimas.

82 En este sentido, son interesantes las aportaciones estadísticas que ofrece GARCÍA GARNICA, M.C. “Discapacidad y dependencia (III): El patrimonio protegido” en *Tratado de Derecho de la persona física* T.II Dirigido por GETE-ALONSO, M.C. y Coordinado por SOLÉ RESINA, J. Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 276. La autora considera que pese a no tener el éxito esperado, e incluso que su aplicación vaya decayendo con el paso de los años, a su juicio hay que reconocer la bondad de la institución.

plena capacidad decide voluntariamente organizar quién y cómo debe gestionar sus asuntos en previsión de que en un futuro no los pueda organizar por sí misma<sup>83</sup>.

Todavía cabe señalar la figura de la *guarda de hecho* contemplada en el Código civil, pues si bien hoy en día se configura como un mecanismo llamado a desaparecer y desprovisto de estabilidad (cfr. Art. 303), sin embargo un sector doctrinal lo considera un modo muy útil para solucionar las limitaciones naturales de las personas mayores ya que con un guardador de hecho se podrían proteger sus intereses personales y/o patrimoniales sin necesidad de tener que promover un procedimiento de incapacitación que necesariamente llevaría consigo la modificación de su capacidad de obrar<sup>84</sup>.

También conviene tener presente la regulación de la *asistencia* que el legislador catalán introdujo en la Ley 25/2010, de 29 de julio del Libro Segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y la familia dentro del Título dedicado a las instituciones jurídicas de protección de la persona (Capítulo VI del Título II de la mencionada Ley). Esta figura está pensada fundamentalmente para personas mayores de edad que sin padecer una deficiencia física o psíquica apropiada para proceder a su incapacitación; sin embargo sufren importantes limitaciones que les impiden un adecuado desarrollo de su vida diaria y por ello pueden solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, una persona que se encargará de su cuidado configurándose la asistencia como un mecanismo de protección ante la necesidad de apoyo o de ayuda que precisa la persona que tiene una disminución de sus capacidades<sup>85</sup>.

---

83 Ver en PARRA LUCAN, M.A. “Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad” en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, coordinado por GARCÍA-RIPOLL, M. y LECIÑENA IBARRA, A. Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014 pág.188. La misma autora ha profundizado sobre estos temas en su monografía titulada *La voluntad y el interés de las personas vulnerables: modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015. También se puede consultar en SERRANO GARCÍA, I. *La autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

84 LECIÑENA IBARRA, A. “Alternativa a los procedimiento de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación ex voluntate y figuras tutivas de apoyo” en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, coordinado por GARCÍA-RIPOLL, M. y LECIÑENA IBARRA, A. Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014 pág. 163. Señala la autora que incluso pese a la regulación actual cabe la posibilidad de una interpretación sistemática de lo previsto en los arts. 762 de la LEC, 216.2 y 299 bis del Cc. posibilitaría el nombramiento de un guardador de hecho reconocido judicialmente que se ocuparía no solo del cuidado de la persona con discapacidad, sino también quedaría vinculado y legitimado para desarrollar actuaciones patrimoniales en los términos contemplados en el art. 304 Cc con las garantías que para el tráfico jurídico y como prueba de su existencia puede aportar el auto que lo nombra.

Sobre las posibilidades de aplicación práctica de la guarda de hecho y su proyección de lege ferenda se puede consultar la monografía de la misma autora *La guarda de hecho de las personas mayores*, Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015. La autora reconoce que su argumentación elevaría a la guarda de hecho a la consideración de guarda tutelar si bien admite que nuestro ordenamiento jurídico vigente jamás le reconoció ese estatus, vid. pág. 42.

85 Cfr. art. 226 del Código civil catalán. Un análisis doctrinal de la figura se puede ver en RIVERO HERNANDEZ, F. “Comentarios de los artículos 226-1 al 226-6 “en *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Coordinadora general: ROCA TRÍAS, E. Coordinador del volumen: ORTUÑO MUÑOZ, P. Sepin, Las Rozas (Madrid), 2011, págs. 411 y ss. También en la monografía de NUÑEZ ZORRILLA, M<sup>a</sup> C. *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, Dykinson, Madrid, 2014.

Señaladas las instituciones más importantes de protección de las personas con deficiencias persistentes para desenvolverse en su vida cotidiana, hay que advertir que la realidad de estas situaciones ofrece una casuística muy variada y por ello es posible que muchas de las figuras descritas con anterioridad puedan superponerse y concurrir en la esfera jurídica de una misma persona. Por ejemplo, una persona con parálisis cerebral severa que le impide comunicarse con las demás personas es posible que se le incapacite y la autoridad judicial ordene la constitución de una tutela y también es posible que se haya constituido a su favor un patrimonio protegido.

Sería difícil abarcar todos los supuestos posibles, pero en todo caso si es importante recordar que no todas las medidas de protección presuponen una limitación a la capacidad de obrar de la persona y en este sentido es importante recordar que la Convención Internacional exige que ninguna medida protectora pueda prescindir de la persona con discapacidad ya que ésta tiene igual reconocimiento como persona ante la ley<sup>86</sup>.

### **3. ¿ES NECESARIO UN CAMBIO DEL SISTEMA LEGISLATIVO EN ESPAÑA PARA ADECUARLO AL ACTUAL MODELO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD?**

La Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad adopta el llamado modelo social en el tratamiento de la discapacidad. La doctrina española debate sobre si pese a las modificaciones legislativas ya introducidas siguen siendo necesarios cambios más profundos en nuestro sistema jurídico para hacerlo compatible con lo dispuesto en la Convención.

---

<sup>86</sup> Sobre este particular es fundamental lo dispuesto en el artículo 12 titulado *Igual reconocimiento como persona ante la ley* que dispone:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria



En este sentido, hay autores que consideran que la actual normativa española es incompatible con lo dispuesto en la Convención y por ello demandan una forzosa reforma de la legislación española<sup>87</sup>. Por el contrario, otros autores consideran que lo dispuesto en nuestra actual regulación y lo establecido en la Convención son compatibles, si bien en algunos casos abogan por introducir cambios para mejorar el sistema<sup>88</sup>. Esta posición ha sido avalada por reiteradas sentencias del Tribunal Supremo donde se ha considerado que la legislación que regula la protección de las personas con discapacidad sigue vigente, si bien su interpretación hay que hacerla a la luz de la Convención<sup>89</sup>.

En mi opinión, todavía hoy siguen siendo necesarios importantes cambios en nuestra legislación con el fin de cumplir lo dispuesto en la CIDPD. Se requiere hacer realidad el mandato recogido en la Convención de respetar la voluntad de las personas con discapacidad y permitir su autonomía personal en el ejercicio de su libertad a decidir lo que consideren más adecuado para su vida e intereses.

No menos importante es la conveniencia de cambiar el lenguaje utilizado en la actual legislación, ya que no siempre es el más adecuado y conlleva un importante efecto discriminatorio, como por ejemplo seguir utilizando el término incapacitación. A mi juicio, el lenguaje no es neutro y por ello la utilización de nuevas expresiones tendría que poner de manifiesto

---

87 Así se han pronunciado, entre otros, MARIN CALERO, C. ob. cit. pág. 30. Del mismo autor ver también “La capacidad jurídica en la Convención sobre los derechos de las persona con discapacidad. Siete años después, ¿qué se puede hacer?” en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, coordinado por GARCÍA-RIPOLL, M. y LECIÑENA IBARRA, A. Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 365 y ss. ; PEREZ BUENO, L.C. “La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios” en *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson-Reuter-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 324 y ss. También en la obra colectiva AAVV. *2000-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna* Dirigidos por Luis Cayo Pérez Bueno, CERMI, ediciones Cinca, Madrid, 2012; DE ASIS ROIG, “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo derecho de la discapacidad” en *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson-Reuter-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 307 y ss. CUENCA GÓMEZ, P, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española” en *REDUR*, nº 10, Diciembre 2012, págs. 61 y ss. MAYOR FERNÁNDEZ, D. “Estudio doctrinal la reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Núm. 2133, Julio de 2011.

88 Así se expresan, entre otros, ÁLVAREZ LATA, N y SEOANE RODRÍGUEZ J. A. “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad” en *Derecho Privado y Constitución*, nº 24. 2010, págs. 11 y ss.; MAYOR DEL HOYO, M<sup>a</sup> V. Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 20; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 27 y ss.

89 SSTS de 29 de abril de 2009 Ponente: Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Encarna Roca Trías consultada en CENDOJ (Roj 2362/2009); de 11 de octubre de 2012 Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, (Roj: STS 6810/2012); de 24 de junio de 2013, Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, consultada en CENDOJ (Roj: STS 3441/2013); de 1 de julio de 2014 Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, consultada en CENDOJ (Roj: STS 3168/2014).

el enfoque que da la CIDPD para los procedimientos de protección de la persona con discapacidad que pasan necesariamente por el respeto a la autonomía individual y a la libertad de decidir que tiene que tener dicha persona.

La doctrina y la Jurisprudencia han señalado, con acertado criterio, que la nueva regulación debería ser muy flexible con el fin de adaptarse a la concreta necesidad de protección que la persona con discapacidad precise, ajustando las diferentes medidas a las variadas limitaciones de la persona y el contexto en que se desarrolla su vida. Las medidas se tomarán cuando se sepa cómo se desarrolla su vida ordinaria y en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales o precisa de un apoyo para todas o para determinados actuaciones. No se podrá juzgar sobre la capacidad de una persona sin haber explorado sus facultades cognitivas y volitivas para saber su capacidad de autogobierno<sup>90</sup>.

En todo caso, el sistema de protección de la persona con discapacidad debe preservar y fomentar al máximo su autonomía para que pueda realizar por sí sola la mayoría de los actos que precise para su vida y solo cuando sea estrictamente necesario poder contar con el apoyo o supervisión de otra personas para aquellos actos estrictamente necesarios que proporcionen una garantía para la protección de la persona con discapacidad. En este sentido, acaso sería más conveniente establecer un sistema comparable a las figuras que ya se contemplan en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en atención de proporcionar a la persona con discapacidad los apoyos necesarios para un correcto desenvolvimiento de su vida sin que por ello se tenga que prescindir de su participación en todos aquellos actos que su capacidad natural les permita<sup>91</sup>.

#### **4. REFLEXIONES FINALES.**

La Convención Internacional establece instrumentos para lograr un acceso no discriminatorio y efectivo de las personas con discapacidad a la protección social, los beneficios sociales, la asistencia sanitaria, la educación y el acceso y suministro de bienes y servicios, incluidos la vivienda y el transporte, a disposición de la población, incluso si fuera necesario mediante las modificaciones o los ajustes oportunos. Es cierto que también establece que estas medidas no deben suponer una carga desproporcionada, pero sí se exige la necesidad de realizar los ajustes razonables precisos con el fin de garantizar el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales a las personas con discapacidad.

---

90 SERNA MEROÑO, E “La protección de las personas con discapacidad y el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar” en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, coordinado por GARCÍA-RIPOLL, M. y LECIÑENA IBARRA, A. Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 312.

91 Vid. el análisis sobre las instituciones de la asistencia a las personas con discapacidad en países de nuestro entorno, en especial en Francia, Alemania, Italia, Holanda Inglaterra y Gales realizado por NUÑEZ ZORRILLA, M<sup>a</sup> C. ob.cit., págs. 87 y ss.

Ahora bien, las personas con discapacidad no constituyen un grupo homogéneo y por lo tanto las medidas que se adopten guardan relación directa con las limitaciones en su actividad. Así, hay personas con discapacidad psíquica que tienen anomalías en el funcionamiento mental de las que es responsable el cerebro y afectan a las funciones intelectuales y trastornos psicológicos, en general aquellas que hacen referencia a alteraciones del pensamiento y la conducta. Para estos casos, las medidas a adoptar irán más encaminadas a potenciar su autonomía personal y fomentar su capacidad para ejercitar la libertad de tomar sus propias decisiones, siempre que sus limitaciones así lo permitan. Para las personas con discapacidad física, que presentan anomalías que se manifiestan en la forma o el funcionamiento de una o varias partes del cuerpo, deficiencias que afectan a funciones físicas-motoras u orgánicas-biológicas y las personas con discapacidad sensorial, que padecen una anomalía en el funcionamiento de los órganos de los sentidos y más en concreto las alteraciones biológicas, congénitas o adquiridas de falta o la disminución de la visión o de la audición, las medidas irán orientadas sobre todo a garantizar su vida independiente haciendo posible su inclusión social a través del cumplimiento de los principios de accesibilidad y diseño universal para todas las personas que garantizan la participación e inclusión plenas y efectivas de todas las personas con discapacidad en la sociedad.

La propia Constitución española considera la dignidad de la persona un valor jurídico fundamental, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10), la igualdad y el derecho a no ser discriminado (art. 14), a los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1) y demás derechos reconocidos<sup>92</sup>.

El camino a seguir pasa necesariamente por fomentar mayores grados de autonomía tanto personal como económica, y suprimir los obstáculos que les impiden una participación social activa. Por ello es imprescindible promover las condiciones que posibiliten a las personas con discapacidad el pleno disfrute de sus derechos fundamentales de ciudadanía en igualdad de condiciones y posibilitar procesos de mejora de su autoestima y la revalorización de sus capacidades con la aplicación de acciones positivas.

Un instrumento fundamental para luchar por la igualdad efectiva de oportunidades para todas las personas pasa por lograr un empleo, es cierto que en la actualidad todas las políticas públicas deben ir encaminadas a lograr que se aumente el porcentaje de población ocupada, pero es incuestionable que para avanzar en la eliminación de la discriminación múltiple que sufren las personas con discapacidad se precisa promover actuaciones específicamente dirigidas a impulsar la incorporación de estas personas al mercado laboral en igualdad de oportunidades.

---

92 En este sentido ver, entre otras, las SSTC 107/1984 de 23 de noviembre; 53/1985, de 11 de abril, y 242/1994, de 20 de julio.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

AAVV. 2000-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna* Dirigidos por PÉREZ BUENO, L. C. CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2012.

ÁLVAREZ LATA, N y SEOANE RODRÍGUEZ J. A. “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad” en *Derecho Privado y Constitución*, nº 24. 2010, págs. 11 y ss.; MAYOR DEL HOYO, Mª V. Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

CUENCA GÓMEZ, P, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española” en *REDUR*, nº 10, Diciembre 2012.

DE ASIS ROIG, La Convención de la ONU como fuente de un nuevo derecho de la discapacidad en” en *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson-Reuter-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

GANZENMÜLLER ROIG, C. y ESCUDERO MORATALLA, J. F., *Discapacidad y Derecho*, Editorial Bosch. Barcelona, 2005.

GARCÍA GARNICA, M.C. “Discapacidad y dependencia (I): Concepto y evolución jurídica” en *Tratado de Derecho de la persona física T.II* Dirigido por GETE-ALONSO, M.C. y Coordinado por SOLÉ RESINA, J. Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.

-- “Discapacidad y dependencia (III): El patrimonio protegido” en *Tratado de Derecho de la persona física T.II* Dirigido por GETE-ALONSO, M.C. y Coordinado por SOLÉ RESINA, J. Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.

MARÍN CALERO, C., *El Derecho a la propia discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013.

-“La capacidad jurídica en la Convención sobre los derechos de las persona con discapacidad. Siete años después, ¿qué se puede hacer?” en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, coordinado por GARCÍA-RIPOLL, M. y LECIÑENA IBARRA, A. Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

MAYOR FERNÁNDEZ, D. “Estudio doctrinal la reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Núm. 2133, Julio de 2011.

NUÑEZ ZORRILLA, Mª C. *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, Dykinson, Madrid, 2014

ORDÁS ALONSO, M. *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.

ORTEGA SÁNCHEZ, F. “El patrimonio protegido” en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, coordinado por GARCÍA-RIPOLL, M. y LECIÑENA IBARRA, A. Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Discapacitadas*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

PALOMINO DÍEZ, I. *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PARRA LUCAN, M.A. “Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad” en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, coordinado por GARCÍA-RIPOLL, M. y LECIÑENA IBARRA, A. Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

- *La voluntad y el interés de las personas vulnerables: modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.

PEREZ BUENO, L.C. “La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios” en *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson-Reuter-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

QUESADA GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> C. *Tutela y otras instituciones de protección de la persona* (un estudio de sentencias, autos y resoluciones), Atelier, Barcelona, 2004.

RIVERO HERNANDEZ, F.”Comentarios de los artículos 226-1 al 226-6 “ en *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Coordinadora general: Roca Trías, E. Coordinador del volumen ORTUÑO MUÑOZ, J. P., Sepin, Las Rozas (Madrid), 2011.

SERNA MEROÑO, E. “La protección de las personas con discapacidad y el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar” en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, coordinado por GARCÍA-RIPOLL, M. y LECIÑENA IBARRA, A. Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

SERRANO GARCÍA, I. *La autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

TORRES MATEOS, M. A. *Tutela, curatela, guarda de menores o incapacitados y defensor judicial*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

