



AVD·ZEA

Academia
Vasca de
Derecho

Zuzenbidearen
Euskal
Akademia

BOLETÍN **de la** **ACADEMIA VASCA DE DERECHO**

Año III - N.º 6 - Bilbao - Junio / 2005
III. urtea - 6. zk. - Bilbo - 2005ko Ekaina
ISBN: 84 896 8919 9 - D.L./L.G.: BI 1677-03

Sumario / Aurkibidea

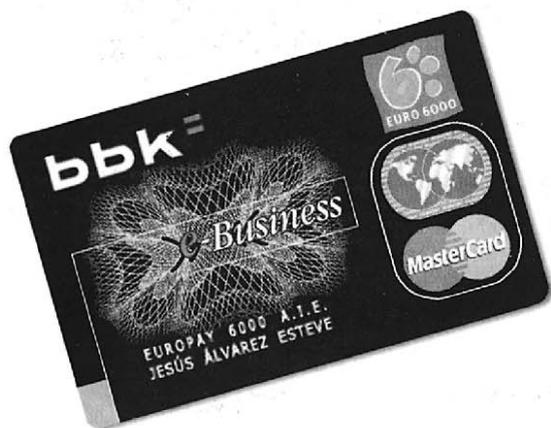
Pág./Or.

1. **EL DERECHO CIVIL FORAL VASCO:
NUEVAS PERSPECTIVAS**, por Andrés Urrutia 5
2. **PUBLICIDAD FRENTE A LA PROPAGANDA
EN LAS EMISIONES DE LAS TELEVISIONES
PUBLICAS**, por J. Gabriel de Mariscal 21
3. **MIKEL ARRUZA (1890-1966) BIZKAIKO
ALDUNDIKO EUSKARAZKO ITZULTZAILE**,
por Cesar Gallastegui 61
4. **DERECHO PUBLICO DE LOS
TERRITORIOS FORALES**, por Adrián Celaya 73
5. **ACTAS DE LAS SESIONES CELEBRADAS POR
LA COMISION ESPECIAL DE CODIFICACION
DE VIZCAYA (1899-1900)**, por Andrés Urrutia 81
6. **SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DE
EUSKADI**, por Carlos Ballugera Gómez, Registrador
de la Propiedad de Bilbao / Kasu praktikoak, /
erregistroko zuzenbide Mintegua 85
7. **NOTICIAS INTERNAS, AKADEMIAREN
ALBISTEAK**, por Javier Oleaga 115

tarjeta e-Business BBK



Una herramienta
única para gestionar
los gastos de su
negocio.



La tarjeta e-Business BBK es el instrumento de pago más innovador del mercado. La primera tarjeta que permite gestionar, como usted quiera y a través de internet, los gastos de su negocio. Y la mejor forma de demostrar que en BBK trabajamos para acercarnos al futuro y mejorar el de quienes confían en nosotros.



www.bbkk.es



La red de Oficinas de Empresas BBK tiene
el Certificado de Calidad ISO 9002

bbk[®]

EL DERECHO CIVIL FORAL VASCO: NUEVAS PERSPECTIVAS*

Comparezco ante vosotros por designación de nuestro Presidente, para poder completar la exigencia de nuestros estatutos que establecen la necesidad de un discurso de apertura del curso académico de nuestra institución, y más concretamente, del curso académico 2004-2005 en el que nos encontramos, segundo en nuestra singladura académica.

La progresiva consolidación de nuestra Academia nos debe llevar a que esta sea la última ocasión en que el discurso de apertura se realice desplazado de lo que debe ser su momento natural y estatutario, en el otoño de cada año y al comienzo del curso académico, que coincide con el comienzo del correspondiente a las instituciones de enseñanza que imparten cursos de derecho y a los Tribunales de Justicia.

Ya el año pasado tuvimos oportunidad de un primer discurso de apertura que pronunció nuestro Presidente, en el merecido homenaje que nuestra Academia ofreció a José Ignacio Barroeta, por su decidida contribución al inicio de nuestras actividades.

*Texto del discurso de apertura del Curso Académico 2004-2008 de la Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademia pronunciado por el Vicepresidente de la entidad Andrés Urrutia el día 6 de abril de 2005. Ver noticias internas / akademiaren albisteak.

Hoy, la AVD /ZEA es titular de una serie de publicaciones y realiza unas actividades que luego se detallarán, entre las que destacan nuestro boletín, que poco a poco va consolidándose, la colección Clásicos del Derecho Vasco/ Euskal Zuzenbidearen Klasikoak Bilduma y las jornadas sobre diferentes temas que las secciones de la Academia han empezado ya a hacer realidad.

Es precisamente una de esas secciones, la Sección de derecho Privado, la que se encuentra directamente entroncada con el contenido de lo que voy a exponer y proponer a los miembros de AVD/ZEA.

En efecto, el objetivo inmediato de esta Sección es iniciar una revisión del Anteproyecto de Ley de Derecho civil Vasco que en su día y en diferentes fases realizó la RSBAP, a fin de poder actualizar el texto de la ley 3/92 de Derecho Civil Foral del País Vasco (en adelante LDCFPV).

Nuestra academia, surgida del impulso de la RSBAP y por su iniciativa, retoma así el trabajo en materia de derecho civil foral en un momento en que el derecho privado vive entre nosotros nuevas realidades que afectan a muchas de las instituciones que constituyen la regulación central de su contenido, esto es, el derecho de familia y el derecho de sucesiones.

Las preocupaciones y exigencias de contenido, sin embargo, no nos deben hacer olvidar tampoco el vector europeo que cada vez aparece mas nítidamente en el derecho privado y que en un plazo relativamente breve nos va a imponer el estudio de muchas de sus soluciones y su posible adaptación a nuestro derecho civil.

Ni que decir tiene que mas de una década de aplicación de la LDCFPV ha puesto de manifiesto una serie de temas que por su naturaleza exigen un tratamiento pormenorizado que sirva de primera aproximación a la labor que la AVD/ZEA se propone hacer de inmediato. Temas que no sólo han nacido de la aplicación de la LDCFPV, sino también de la irrupción dentro del sistema jurídico de la CAV de regulaciones como la de las parejas de hecho, que han trastocado el sistema monista o de ley única para los conteni-

dos de derecho civil foral y nos han puesto en camino hacia un derecho civil de aplicación general en la CAV, de forma similar a otras realidades autonómicas, todo ello bajo el paraguas del artículo 149.1.8 CE y el actual Estatuto de Autonomía de la CAV.

Mi objetivo es centrarme no tanto en los problemas competenciales que aun siendo importantes e insoslayables, entiendo que deben ceder en este caso ante una exposición mas descriptiva de los rasgos generales del proyecto ya formulado y algunas de las cuestiones no contempladas en el mismo, pero que va a ser necesario plasmarlas en su regulación.

La metodología expositiva, necesariamente concisa por razón del tiempo, me lleva a plantearme una serie de cuestiones que voy a tratar de sistematizar en seis puntos y unas breves conclusiones:

1.- Metodología de trabajo

La Sección de Derecho Privado, bajo la dirección de nuestro Presidente, ha de ser la encargada, como ya se ha dicho, de formular la propuesta. Para ello, se ha diseñado en un primer momento una actuación en tres fases, que permitiría en un plazo de año o año y medio, lograr una revisión y actualización del texto del que se dispone en este momento.

El texto base sería, pues, el Nuevo Desarrollo del Anteproyecto de Ley de Derecho Civil vasco (en lo sucesivo NDALDCV) que se halla cerrado a fecha treinta y uno de Diciembre de dos mil uno y que incorpora todas las aportaciones que se efectuaron a la redacción original del Anteproyecto que en euskera y castellano se publicó en forma singular por la RSBAP.

Sobre este texto base:

1.1 Una primera fase de análisis, realizado por un grupo de trabajo de siete personas, cuya labor será revisar el texto desde

un punto de vista formal (incongruencias, vacíos, contradicciones, ortografía, sintaxis, etc.) y que en un plazo de tres o cuatro meses pondrá a disposición de la ponencia general un primer texto depurado para que sirva de base sobre la que efectuar la posterior discusión y redacción.

1.2 Una segunda fase de análisis y redacción, en la que participarán, en los correspondientes temas que se planteen, además de los miembros del grupo de trabajo antes citado, una serie de ponentes invitados que sean destacados especialistas en la materia objeto de la subponencia de cada caso. Este proceso debería realizarse en un plazo de seis a nueve meses, a fin de disponer en un año de un texto base fiable.

1.3 Una tercera fase de dos o tres meses en la que el grupo de trabajo y todos los participantes en las diferentes subponencias puedan aportar por escrito sus notas y ser objeto de discusión en relación al conjunto del proyecto, de tal manera que puedan conciliarse la participación de un número amplio y representativo de personas con la necesaria centralidad y dirección en este tipo de trabajos, que a su vez impida una dispersión excesiva de contenidos y dilación en la elaboración del texto.

Por supuesto que los plazos han de entenderse de forma flexible, ya que el empeño, como antes he dicho, es disponer en un año o año y medio de un texto consolidado que ofrecer al Gobierno y al Parlamento vasco para, en su caso, ser objeto de tramitación.

2.- Fuentes del derecho civil foral del País Vasco

2.1 Ley, costumbre y principios generales

2.2 Acomodación del derecho civil propio de la Comunidad Autónoma Vasca a las disposiciones de la Unión Europea.

2.3 Jurisprudencia

2.4 *Ámbito de aplicación de la ley: la presente ley se aplicará en todo el País Vasco, que comprende los tres Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Bizkaia, salvo en aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto (artículo 4).*

3.- La vecindad civil y el territorio en el Derecho Civil Vasco

La primera y capital cuestión que el derecho civil vasco nos va a plantear en este campo es algo que ya el NDALDCV ha regulado de forma significativa en su articulado, como es la transición de un derecho civil territorial propio de cada uno de los territorios históricos del País Vasco a un derecho civil vasco o de la CAV.

Hoy es ley vigente en la CAV, la ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (LRPH), que en lo que nos interesa a nosotros se centra básicamente en los efectos civiles de las mismas.

Esa ley, en efecto, ha puesto de relieve un espacio de regulación propio en materia civil para el legislador autonómico que aun no conectándolo formalmente con una vecindad civil de la CAV, si ha supuesto desde una perspectiva material, una legislación aplicable a todos los ciudadanos de la CAV. Es cierto que se han salvado los problemas de vecindad civil con el recurso a la vecindad administrativa como punto de conexión para la aplicación de esta ley, pero no es menos cierto que su artículo 2 puede acarrear la creación de una serie de conflictos derivados de la utilización por parte de otras legislaciones autonómicas de la vecindad civil correspondiente como punto de conexión.

Es evidente que todo ello exige una primera configuración de la vecindad civil del País Vasco como vertebradora de un contenido civil específico, que en nuestro caso se materializa en el

derecho de sucesiones, como marca la regulación propuesta por la NDALDCV y con respeto a las hasta ahora existentes vecindades civiles territoriales, que son el punto de conexión para la aplicación de las respectivas instituciones territoriales que se mantienen en vigor.

Se produce así una conexión que posibilita la aplicación de un derecho civil propio de la CAV:

- Vecindad civil vasca: Instituciones sucesorias
- Testamentifacción
- Sucesión forzosa
- Sucesión intestada
- Pactos sucesorios

No debe verse en ese punto de conexión de la vecindad civil vasca ningún prurito de singularización ni de secesionismo en materia de derecho civil sino de utilización de los puntos de conexión que marca el Código Civil para resolver las relaciones entre los diferentes ordenamientos civiles territoriales en España.

Máxime cuando al lado de esa vecindad civil general de mantienen las vecindades civiles territoriales que sirven de puerta de entrada a las instituciones que en cada territorio vasco sustentan el régimen civil aplicable:

Vecindad civil ayalesa: libertad de testar, usufructo poderoso

Vecindad civil vizcaína: Troncalidad, régimen de comunicación foral de bienes

Vecindad civil guipuzcoana: régimen del caserío en Guipúzcoa

Se consigue así un sistema que presenta una serie de ventajas en lo relativo a la adquisición y pérdida de la vecindad civil común y las vecindades territoriales, que se resuelven de acuerdo con las normas estatales tanto en lo que se refiere a los conflictos de leyes internos a la propia CAV, como a los externos que puedan surgir con las personas sujetas a otras vecindades civiles. La dicción de los artículos 9 y 10 del la NDALDCV es clara y taxativa:

Artículo 9

1. A falta de normas especiales, los conflictos de leyes a los que dé lugar la coexistencia de varios ordenamientos jurídicos se resolverán de acuerdo con las normas de carácter general dictadas por el Estado, y atendiendo a la naturaleza de las respectivas instituciones.

2. Los conflictos locales, entre normas vigentes en algunos territorios, o entre dichas normas y las generales del País Vasco, se resolverán también por las disposiciones del Código Civil, sin perjuicio de la vigencia del principio de territorialidad en materia de bienes troncales.

Artículo 10

1. Todos los que tengan vecindad civil vasca están sometidos a esta ley.

2. La vecindad civil vasca, o la local cuando sea preciso aplicarla, se adquieren, se conservan y se pierden conforme a las normas contenidas hoy en el Código Civil, sin perjuicio de la vigencia del principio de territorialidad respecto a los bienes troncales.

Todo lo anterior no puede llevarnos sino a pensar en el tercer elemento de la relación de aplicabilidad de la nueva legislación civil vasca, que no es otro que el territorio. La tradicional dualidad jurídica vizcaína entre villas y anteiglesias, o el territorio de aplicación del fuero de Ayala, que se mantiene como luego veremos en el ámbito de las instituciones territoriales, nos conduce a la aparición de una nueva dualidad, superadora de las anteriores en el sentido de que el territorio de la CAV en su totalidad es el espacio geográfico de aplicación para todos los vascos de una serie de normas en materia sucesoria, que en uso de su libertad civil les pueden resultar de gran interés.

Se completa así el esquema anterior, ligando territorio, vecindad e instituciones aplicables en la CAV:

Vecindad civil vasca: territorio CA: Testamentifacción

-Sucesión forzosa

-Sucesión intestada

-Pactos sucesorios

Vecindad civil local: territorio concreto (Ayala, territorio aforado de Bizkaia, Guipúzcoa): instituciones concretas de cada territorio.

Conflictos de leyes: internos CAV /externos: normas Código Civil

Por último, se establece en el NDALDCV, en la línea de la actual legislación, un juego de presunciones a la hora de otorgar los instrumentos públicos, que permita evitar lo que en algún caso puede ser una auténtica *probatio diabolica*, a la hora de conocer la vecindad civil aplicable en cada caso.

4.- Los principios patrimoniales del derecho civil vasco

He aquí el primer contenido de ese derecho civil que se predica para la Comunidad Autónoma Vasca:

4.1 Una serie de principios que redundan en la función social de la propiedad, tales como el derecho de cerrar heredades, la consideración específica de los arrendamientos rústicos y de las servidumbres de paso.

4.2 Una primera regulación del mundo contractual que cubra realidades propias del derecho civil vasco, tales como las cofradías, hermandades o mutualidades bajo la cobertura de la sociedad civil.

5.- El derecho civil de la CAV: las sucesiones

El núcleo central del contenido sucesorio puede ser resumido a grandes rasgos de la siguiente forma:

5.1 Pluralidad de títulos sucesorios con reconocimiento de los tres clásicos del derecho civil foral vizcaíno: sucesión testada, intestada y contractual o pacto sucesorio.

5.2 Establecimiento de un mecanismo de fijación de la delación sucesoria, especialmente en el supuesto del poder testatorio.

5.3 Establecimiento de forma clara de un sistema *ex lege* de responsabilidad de las deudas de la herencia *intra vires*, limitado al valor de los bienes hereditarios.

5.4 Reconocimiento de la forma de testar *hil-buruko*, además de las del Código Civil.

5.5 Ampliación del círculo de otorgantes del testamento mancomunado a las personas unidas por vínculos de parentesco o convivencia, en un intento de recoger un amplio espectro social que pueda estar interesado en esta forma testamentaria.

5.6 En cuanto al poder testatorio son ya varias las cuestiones que se están planteando en relación con la regulación actual. Algunas de ellas ya fueron examinadas al albur de la reciente reforma del Código Civil, que ha estrenado un artículo 831 de evidente paralelismo para el derecho civil común con el derecho civil vasco. No me voy a extender por tanto a cuestiones como las relativas a la capacidad del comisario o el plazo de duración del poder testatorio, sino que voy a enumerar dos temas que por su trascendencia práctica entiendo que han de ser contemplados en el nuevo texto que se proponga.

Me refiero en primer lugar a la cuestión relativa a los actos de disposición a realizar por el comisario, tema que hoy se presenta con ribetes acuciantes entre nosotros, dada la composición del caudal relicto, que muchas veces está compuesto por productos financieros, muy sensibles a las alteraciones del mercado, y, por tanto, de necesaria rapidez en la respuesta a esas variaciones bursátiles o de otro tipo.

Ha sido este un tema muy discutido y muchas veces propuesto. Lo cierto es que la regulación fiscal ha abierto un primer atisbo con la reforma del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones en virtud del Decreto Foral 236/2004, de 15 de diciembre, camino que la legislación civil deberá seguir con prontitud, si bien las necesarias cautelas o las distinciones por la propia naturaleza de los bienes, sean algunas de las posibles limitaciones a una facultad omnímoda del comisario.

Directamente ligado con lo anterior aparece un problema que tiene un tratamiento común con el del usufructo del cónyuge viudo al que luego me referiré. En efecto, esa misma composición del patrimonio relicto hoy día, hace que con muchísima frecuencia nos encontremos con fondos de inversión en los que es necesario determinar cual es el importe de la cuantía de la participación del usufructuario y cual la cuantía del nudo propietario, o quien ejerce los derechos relativos a la titularidad de los fondos, sin perjuicio de tener que determinar la forma de liquidación de los mismos. La Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación de Cataluña nos puede servir de referencia en este punto.

5.7 Si lo relativo a la testamentifacción nos lleva a la extensión a los ciudadanos de la CAV de modos testamentarios clásicos del territorio histórico de Vizcaya, en aras de esa generalización de instituciones que propugna la libertad civil como principio general del derecho civil vasco, no se puede olvidar que esa libertad civil también ha de estar presente a la hora de establecer el sistema legitimario en las sucesiones del País Vasco.

Vaya por delante que el sistema legitimario que aquí se predica tiene excepciones territoriales a las que luego me referiré, bien por razones de troncalidad como en el caso de Vizcaya, bien por razones de transmisión del caserío en el caso de Guipúzcoa, bien por último, por razones de mantenimiento de una libertad de testar absoluta, como es el caso de Ayala.

De lo que se trata aquí, digámoslo una vez más, es de crear un sistema sucesorio válido para los ciudadanos de la CAV, que sin coartar su voluntad, permita una evolución gradual hacia una mayor libertad de testar, planteada ésta como un mecanismo de ordenación de los bienes dentro de la familia y no como una exigencia absoluta sin más, sin ninguna consideración con la situación personal o familiar del testador.

5.8 El primer paso en esa generalización de un sistema sucesorio aplicable a los ciudadanos de la CAV es la reducción de la cuantía de la legítima de $3/5$ del caudal relicto a $2/3$, de forma paralela a la del Código Civil, si bien con la gran diferencia de ser ésta una legítima colectiva, esto es, de atribución a un grupo de parientes de forma necesaria, de tal manera que sea el testador el que decide entre sus legitimarios, cual de ellos será el destinatario de sus bienes, de forma paralela a la regulación histórica vasca.

Independientemente de lo anterior, la legítima de los ascendientes en este camino de ampliación de la libertad del testador, queda reducida a una tercera parte de los bienes de la herencia y se atribuye solo al padre o madre, siguiendo así la línea de otras legislaciones civiles territoriales como Aragón o Cataluña.

Por último, en lo referente al cónyuge viudo, se une a su usufructo, el derecho de habitación en la vivienda conyugal mientras de conserve en estado de viudedad. Se corrige además el actual artículo 59 de la ley 3/92 y se establece la separación como causa de privación de la legítima vidual.

Se reconoce además de forma expresa la *cautela socini*, como instrumento de creación notarial, hoy utilizado mayoritariamente en el ámbito testamentario.

Con todo ello, se conforma un sistema legitimario que se quiere ágil y adaptado a las necesidades, no sólo de quienes viven en los pueblos o ciudades del País Vasco, sino también a las de otros sectores como el de las pequeñas o medianas empresas familiares, o las explotaciones agrícolas de la CAV.

5.9 Si importante es la sucesión testada en un lugar como la CAV, de fuerte tradición testamentaria, no es menos el citar la extensión del pacto sucesorio a todos los habitantes de la CAV, como un mecanismo válido para establecer la sucesión entre el instituyente y el instituido y dar a ambos una seguridad que ya en vida les permita, sí así lo deciden, convivir entre ellos.

5.10 Por último, una referencia a la sucesión intestada y reservas, para poner de relieve que se genera un sistema completo de sucesión intestada para los habitantes de la CAV, paralelo al del Código Civil, y con un último llamamiento a favor de la Diputación del territorio foral correspondiente.

También las reservas se ven reducidas a las del artículo 811 del Código Civil y a las de los bienes donados o dotados para el matrimonio o a los que un cónyuge reciba del otro por testamento, donación o título lucrativo, suprimiéndose las provenientes de la naturaleza troncal de los bienes.

6.- Los derechos civiles territoriales: libertad de testar, troncalidad, familia y caserío

La vecindad civil local es el punto de conexión, como ya se ha dicho, de esta nueva regulación que recoge, circunscritas a su base territorial, una serie de instituciones ya clásicas y conocidas del derecho civil foral vasco.

6.1 La libertad de testar ayalesa se recoge a través de sus instituciones más emblemáticas, como son la libre disposición de los bienes y la constitución del usufructo poderoso, todo ello combinado con la adecuada delimitación territorial de su ámbito de aplicación, en los términos ya fijados por la ley 3/92 LDCFPV.

6.2 En Bizkaia, dos son las instituciones que aparecen vinculadas a la vecindad local vizcaína, la troncalidad y la comunicación foral, de nuevo con la distinción territorial entre zona no aforada de las villas, anteiglesias y villa de Bilbao.

Dada la trascendencia de algunas de las reformas efectuadas, creo oportuno exponerlas con un mínimo de detalle:

6.2.1 En materia de *troncalidad* se configura esta institución como un elemento de carácter familiar, pero con una serie de restricciones que afectan tanto a los parientes troncales como a su imbricación con la legítima en el sistema sucesorio que, en líneas generales, coinciden con los actualmente regulados.

Es de destacar que en materia de *saca foral* se limita el parentesco troncal para su ejercicio en la línea colateral a los hermanos y a los hijos de hermanos, si concurren con hermanos; se simplifica la materia de anuncios concediendo la opción de publicarlos en uno de los diarios de mayor circulación de Bilbao; se establece la posibilidad de que en el caso de enajenación a cambio de una renta vitalicia o el pago de los gastos de asistencia en una residencia, quien ejercite la *saca* tenga que garantizar como mínimo el pago de la pensión o asistencia durante la vida del enajenante y de su cónyuge o persona con quien conviva; por último, se establece la preferencia del derecho de *saca foral* incluso frente a la tercería registral que pueda surgir de una inscripción practicada durante los plazos de ejercicio del derecho de *saca*.

Falta, como es evidente, la adecuación del ejercicio del derecho de *saca* a las exigencias de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que por motivos de pura cronología no fueron incorporados a la redacción del proyecto.

6.2.2 En materia de *comunicación foral*, las novedades sobresalientes se centran en una mayor precisión del listado de bienes comunicados en todo lo referente a derechos intransmisibles o de uso personal, así como el establecimiento del régimen de separación de bienes *ope legis* para aquellos que, sujetos a la *comunicación foral*, disuelvan ésta y no pacten nuevo régimen económico matrimonial.

Asoma ya en este campo la nueva regulación que en materia de matrimonio y adopción va a establecer el derecho civil

común, con disposiciones que por su propia naturaleza van a ser de aplicación general y van a incidir fuertemente en el derecho civil de la CAV, sin menoscabar tampoco la incidencia de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, en los matrimonios sujetos al régimen de comunicación foral de bienes.

6.3 En el territorio de Guipúzcoa, se mantienen las especialidades relativas a los *ondazilegis* y a la necesidad de que el adjudicatario por título de herencia, donación o pacto sucesorio de un caserío mantenga durante seis años su destino como tal.

7. Conclusiones

7.1 La necesidad dentro de la Academia Vasca de Derecho/ZEA y su sección de derecho civil de un proceso de trabajo con una participación y una metodología amplia que permita recoger las diversas aportaciones que se puedan hacer a la hora de formular un proyecto de ley que sea válido para toda la CAV.

7.2 El establecimiento de una regulación que busque un mayor protagonismo de un derecho civil para toda la CAV, inspirado en las instituciones clásicas vascas y centrado, que no cerrado, en el tema sucesorio.

7.3 El respeto por las instituciones de los derechos civiles territoriales vascos y su actualización en consonancia con las exigencias actuales.

7.4 La complementariedad y la interacción entre ambos derechos civiles, el de carácter general de la CAV y el territorial.

7.5 La adaptación del derecho civil vasco a las posteriores realidades legislativas, básicamente en materia de derecho procesal, concursal y derecho de familia y en un futuro ya cercano, de derecho europeo.

Todo ello no puede concluir de otra forma que no sea una llamada al trabajo colectivo, para que al amparo de la Academia Vasca de Derecho /Zuzenbidearen Euskal Akademia nos encontremos muchos de nosotros, partícipes de diferentes profesiones e instituciones jurídicas y aseguremos, una vez más, la supervivencia y la extensión de un derecho que es y se quiere útil a la sociedad de donde ha surgido y en la que tiene sentido.

8.- Bibliografía

ÁLVAREZ RUBIO, J. J. (2000): “La ausencia de coordinación entre instancias legislativas en el ámbito del Derecho interregional. Aproximación a la problemática planteada en el País Vasco”, *Actualidad Civil*, nº 7, págs. 247 a 267.

CAÑO, J. (2002): “El futuro del Derecho Civil Vasco”, *Réplica y Dúplica*, nº 28, págs. 6 y 7.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL SEÑORÍO DE VIZCAYA/BIZKAIA JAURERRIKO ABOKATUEN BAZKUN OHORETSUA (2002): “Entrevista/elkarrizketa: Adrian Celaya”, *Boletín informativo/informazio agerkaria*, nº 110, págs. 22 a 25.

URRUTIA BADIOLA, A. (2002): “El derecho civil vasco, nuevas perspectivas.”, *Hermes*, nº 6, págs. 92 a 98.

Andrés Urrutia

PUBLICIDAD FRENTE A PROPAGANDA EN LAS EMISIONES DE LAS TELEVISIONES PUBLICAS

1.- INTRODUCCIÓN

Publicidad y propaganda son dos campos del derecho cuya delimitación jurídica es de interés, porque el concepto y el tratamiento de cada uno de ellos presenta diferencias significativas.

Limitamos nuestra reflexión al ejercicio de ambas actividades en un medio de comunicación concreto: las televisiones públicas.

Nuestra aproximación al objeto sometido a consideración seguirá dos estadios sucesivos. En primer lugar, haremos una exposición sumaria de los espacios que las normas vigentes autonómicas, estatales y europeas prevén para la televisión pública, delimitando, en lo mínimamente necesario, el concepto de aquéllos que no coinciden con los espacios objeto de esta reflexión. La finalidad de dicha exposición es obvia: establecer los límites de nuestro trabajo. Una vez conocido el campo de las emisiones de televisión, procederemos en una segunda parte al estudio detallado del concepto y de la regulación de la publicidad. Dedicaremos, luego, la tercera parte a un estudio sumario de la propaganda. Finalmente, en un punto dedicado a conclusiones, estableceremos un resumen de lo expuesto.

1.1 PRIMERA PARTE

Información y opinión. Derecho de antena y comunicaciones oficiales. Generalidades sobre el concepto de estos términos

La LVTV nos permite formular un esquema inicial de los espacios previstos por la normativa vigente para la televisión pública.

En su artículo 3-b sólo se prevén y diferencian los siguientes espacios:

Información.

Opinión.

Publicidad comercial

Más adelante aparecen:

El llamado ‘derecho de antena’ (arts. 8.2.e, 21 y 22.1).

La ‘propaganda’, sea electoral (art. 22.2 y normas electorales a las que dicho artículo y apartado hacen expresamente referencia) o no.

Finalmente los ‘mensajes institucionales’ (arts. 24 y 25).

Seguidamente intentaremos establecer las líneas más generales de los conceptos de información, opinión, derecho de antena y comunicaciones oficiales o mensajes institucionales a la luz de la normativa autonómica, estatal y europea al objeto de empezar delimitando el campo de la televisión ajeno a la publicidad y a la propaganda.

a)La legislación autonómica y estatal.

La Constitución de 1978 distingue expresamente entre el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, es decir, la expresión libre de la opinión (art. 20.1.a), y

el de comunicar o recibir libremente información, o libertad de información (art. 20.1.d).

Sobre esta base constitucional, el artículo 3-b de la LVTV, eleva a principio rector de la actividad de los medios *la distinción y separación* entre información y opinión, añadiendo, también como algo diferente, y que debe aparecer separado de los espacios anteriores, la publicidad comercial. Y en los demás artículos que acabamos de mencionar de la misma disposición, se prevén el derecho de antena de los grupos sociales y políticos representativos y otros grupos de menor significación, en aplicación directa del artículo 20-3 CE, así como las declaraciones o comunicaciones oficiales y el régimen especial de espacios previsto en la legislación electoral.

Como antecedente estatal de la LVTV tenemos el ERTV, cuyos artículos 4º-b; 8º-1, letra k; 22, 23 y 24, establecen un régimen análogo en materia de información, opinión, publicidad, derecho de antena, régimen de emisiones electorales y declaraciones o comunicaciones oficiales, con la salvedad de que el artículo 4º-b sólo se refiere expresamente a la separación entre información y opinión y el artículo 24 no cita literalmente los grupos culturales mencionados en el artículo 21-2 LVTV.

Estas leves diferencias no significan, en nuestra opinión, diferencias de régimen jurídico. El ERTV no incluye la publicidad en la separación que exige en su art. 4º-b entre informaciones y opiniones, porque la publicidad es, como veremos, una forma de información que tiene su regulación específica y no necesita referencia expresa. En cuanto a los grupos culturales, es claro que son y van comprendidos, cuando menos en el concepto de grupos sociales.

El Legislador vasco, más detallista que el estatal en ambos casos, ha preferido subrayar el carácter jurídicamente específico de la publicidad comercial, citándola expresamente (art. 3º-b LVTV), así como mencionar los grupos culturales entre los grupos de significación menor (art. 21-2 LVTV).

b) *La regulación europea.*

En lo que se refiere a la normativa europea la disposición de interés específico es la Directiva 552 y es de advertir ya desde ahora, que su objetivo fundamental es la regulación de los espacios publicitarios y análogos (patrocinio y televenta) y que su contenido ha sido incorporado al Ordenamiento jurídico español por la LIDUE. Esta última tiene el carácter de norma básica. conforme a su disposición final primera.

En esta primera parte interesa destacar del contenido de la disposición europea mencionada el reconocimiento que hace de los espacios televisivos fundamentales de la televisión ya aludidos, así como de su recíproca diferenciación, el carácter independiente del espacio publicitario y su tratamiento en un marco de evidente prevención. La modificación de esta Directiva por la Directiva 36 sólo aporta alguna ampliación esporádica en materia de espacios informativos y de opinión, que mencionaremos algo más adelante al intentar fijar los conceptos de este tipo de emisiones.

El reconocimiento de los espacios televisivos fundamentales separados aparece con claridad meridiana en la Exposición de Motivos y en los artículos 4 y 5 de la Directiva 552 en su primera versión.

Los considerandos 7, 8 y 11 de la misma indican expresamente, que el derecho a la libre circulación de los servicios remunerados aplicado a la difusión y distribución de servicios de televisión es *manifestación específica del derecho a la libertad de expresión* consagrado por el artículo 10-1¹ del Convenio de

¹ El art. 10.1 del Convenio de Roma (Aranzadi 1979, nº 2421) dice así: 'Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa'

Roma, sin más límites que los previstos en el aptdo. 2 de dicho art. 10² y en el art. 56-1 del Tratado CEE³. Por ello, la coordinación de las legislaciones aplicables tiene por objeto facilitar la libre circulación de *las informaciones y las ideas* dentro de la Comunidad.

En los artículos 4-1 y 5 de la Directiva 552 se hace referencia expresa a “las responsabilidades del organismo de radiodifusión televisiva para con su público *en materia de información, de educación, de cultura y de entretenimiento*”.⁴

Finalmente en los considerandos 27 a 30 de la Exposición de Motivos citada, primera versión, la Directiva 552 *atiende de manera diferenciada a la publicidad*, cuya regulación específica se contiene en el Capítulo IV (arts. 10 a 20) de la misma.

Tenemos, pues, el reconocimiento de los tres espacios con sustantividad propia: la información o *espacio informativo*, la difusión de ideas, de programas educativos, culturales y de entretenimiento o *espacio de opinión*, y la publicidad o *espacio publicitario*.

² Dice así: ‘*El ejercicio de estas libertades que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*’

³ Decía así: ‘*Las disposiciones del presente capítulo (Derecho de establecimiento) y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas*’ Después de Maastricht, este artículo recibió el número de art. 46.1 y su contenido se traslada al art. III-140.1 de la Constitución para Europa –por ahora *non nata*– que se establece por el Tratado de Roma de 20 de octubre de 2004. Ambas normas repiten, literalmente en el caso de la primera, y casi literalmente en el de la última, el texto del art. 51.1 del Tratado CEE.

⁴ La cursiva es nuestra.

La LIDUE no ofrece novedad sobre el contenido de la Directiva 552, ya que es básicamente transcripción de la misma. Además, tampoco se refiere con tanta claridad a los espacios informativos y de opinión, porque se hallan ya claramente delimitados –aunque no definidos– en el ERTV.

c) *Generalidades sobre los conceptos de información, opinión, derecho de antena y comunicaciones oficiales.*

No debe perderse de vista que hay una diferencia sustancial entre los dos primeros conceptos y los del derecho de antena y de comunicaciones oficiales: la información y la opinión comprenden el carácter y el contenido de los mensajes, mientras que los otros dos son instrumentos de acceso al medio y pueden contener, por ello, materiales clasificables en cualquiera de los dos primeros conceptos indicados, así como de los correspondientes a otros espacios televisivos.

Una segunda observación es que, con frecuencia, no resulta posible segregar totalmente los conceptos de información y opinión. Sobre ello, diremos unas palabras más adelante al hablar de los criterios del Tribunal Constitucional.

La primera aproximación al concepto de la *opinión* y del *derecho de antena* se nos ofrece en el art. 20, aptdos. 1 y 3, CE. La opinión es la expresión de “pensamientos, ideas y” –valga la redundancia– “opiniones” (aptdo. 1.b). El derecho de antena se entiende como la garantía de “acceso a “ los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público “de los grupos sociales y políticos representativos” (aptdo. 4) No hay, en cambio, desarrollo alguno del concepto de información: el aptdo. 1.d de dicha norma constitucional se limita a citar la información, pero no delimita el concepto.

Ni en la LVTV, ni en el ERTV aparecen descripciones o definiciones de información o de opinión. Tal vez se ha considerado que es suficiente el art. 20 CE y que se trata de algo obvio: la información se refiere a la comunicación de hechos y de acontecimientos.

tecimientos, la opinión a las reflexiones subjetivas que se transmiten al público. Lo cierto es que no hay ninguna conceptualización de estos términos en las normas mencionadas. En cambio, podemos descubrir referencias al concepto del derecho de antena y de las declaraciones o comunicaciones oficiales.

El derecho de antena tiene una serie de referencias en las disposiciones estatales y autonómicas. En la misma línea del art. 20.3 CE, como no podía ser menos, se trata de la *garantía de acceso* a los medios de comunicación públicos *ofrecida a los grupos políticos y sociales significativos* que prevén el art. 24 ERTV y complementan, en cuanto a criterios de determinación de dichos grupos y porcentaje de horas de emisión, el propio art. 24 y el art. 8.1.k, ambos de la misma disposición.

La LVTV establece concepto y regulación análoga en sus arts. 2.1 y 8.2.f. Sin embargo, *amplía ese derecho a grupos políticos, sociales y culturales de menor significación*. Dado que los grupos culturales no aparecen expresamente citados en la CE, ni en el art. 24 ERTV, ni en el Art. 21.1 LVTV y que en este art. 21.2 LVTV se habla de grupos culturales de menor significación, hay que concluir que el legislador vasco ha entendido que hay *también grupos culturales significativos* y que van *incluidos en la rúbrica de grupos sociales significativos*, como, por lo demás, parece perfectamente admisible.

Finalmente las *declaraciones o comunicaciones oficiales* son actos imperativos del Gobierno, sea Estatal, sea Autonómico, que las televisiones públicas tienen el deber de emitir. Así el art. 22 ERTV y el art. 24 LVTV. Además, el art. 25 LVTV prevé el deber de rectificación y de aclaración a requerimiento de la Administración.

En la Directiva 552 y en la Directiva 36 que la modifica, aparecen desperdigados esbozos de concepto de opinión y de información. Los considerandos 11, 21, 25 y 33 de la exposición de motivos y los artículos 4.1 y 5 de la primera, y los considerandos 27, 38 y 44 y la versión del art. 11.5 de la segunda nos permiten una aproximación, al menos rudimentaria, a estas nociones.

Según las normas mencionadas, tendremos *información* siempre que se trate de:

Emisión de hechos y acontecimientos. Considerando 33 de la Directiva 552.

Emisión de manifestaciones deportivas. Art. 4.1 y art. 5 de la Directiva 552 y considerando 38 de la Directiva 36. En definitiva, se trata de acontecimientos como se reconoce en el considerando citado en último lugar.

Parece que los documentales, mencionados en el considerando 38 y en el art. 11.5 de la Directiva 36, también deben calificarse preferentemente como información, ya que suelen versar más bien sobre hechos, aun cuando no se descarten las valoraciones y manifestaciones de puntos de vista.

A su vez, tendremos *opinión*, al menos en un sentido amplio, cuando se trate de:

Emisión de ideas (Considerando 11)

Emisión de cualesquiera creaciones susceptibles de ser retransmitidas por televisión, como son las obras cinematográficas (Considerando 24, en relación con los considerandos 21 y 24 de la Directiva 552), películas de ficción (considerando 27 de la Directiva 36), obras teatrales (considerando 38 de la Directiva 36), y los juegos y espacios de educación, cultura y entretenimiento (Art. 4.1 y art. 5 de la Directiva 552 y considerando 44 de la Directiva 36). La educación y la cultura constituyen comunicación y difusión de ideas. Los juegos y los espacios de entretenimiento obedecen inevitablemente a determinadas visiones o concepciones de la realidad, por lo que implican siempre cierto grado de inspiración ideológica.

En el derecho europeo, las Directivas examinadas no hacen referencia explícita al llamado derecho de antena, sin embargo puede encontrarse una ligera referencia al mismo en los

“llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente” y a las declaraciones y comunicaciones oficiales bajo el nombre de “anuncios de derecho público” (Directiva 552, art. 18.3 y considerando 34 de la Exposición de Motivos de su modificación). Es lógico que no se extiendan más en la materia, puesto que estas disposiciones están orientadas a regular los espacios televisivos fundamentales, es decir, las variedades de información, opinión y publicidad.

Un resumen de lo hasta aquí expuesto sobre información y opinión nos lleva a la conclusión de que la información apunta directamente a la emisión televisiva de cualquier tipo de hechos, sucesos o acontecimientos, mientras que la opinión comprende toda emisión de ideas, pensamientos, posiciones subjetivas, criterios valoraciones e ingredientes análogos.

A su vez, el llamado derecho de antena y las comunicaciones oficiales no constituyen propiamente espacios televisivos, sino instrumentos para acceder al medio. Por ello pueden utilizarse, y de hecho se utilizan, tanto para informar como para emitir opiniones. En el primer caso, informaciones y opiniones de grupos políticos, sociales y culturales significativos, como pueden ser partidos políticos, sindicatos, grupos religiosos y asociaciones diversas con peso social, o también –al menos en la televisión autonómica– grupos menores de las mismas características. En el segundo caso, informaciones, notificaciones, criterios, etc. de los Gobiernos respectivos.

Aun cuando esta conceptualización pueda parecer suficiente, hablando de derecho positivo es fundamental contrastar la interpretación personal y directa con el criterio de los Tribunales y, particularmente en este caso, con el del Tribunal Constitucional.

Son muchas las resoluciones en que el Alto Tribunal ha abordado la diferencia entre los conceptos de información y opinión. Podemos citar desde la Sentencia 6/1981, de 16 de marzo⁵,

⁵ BJC-2, p. 128, f.j. 4

innumerables Sentencias posteriores: 51/1985, 10 de abril; 105/1990, 6.06; 171/1990, 5.11; 2/2001, 15.01; 49/2001, 26.02; 47/2002, 25.02; 99/2002, 6.05; 232/2002, 9.12; 126/2003, 30.06, etc.⁶

Valgan las Sentencias siguientes por todas las citadas:

La Sentencia 47/2002 se pronuncia así en su fundamento jurídico 3:

“...Este Tribunal ha manifestado que mientras la primera” -se refiere a la libertad de expresión, es decir, a la opinión- “tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse también las creencias y los juicios de valor», el derecho de información «versa, en cambio, sobre hechos» (S.T.C. 61/98, de 17 de marzo, fundamento jurídico 5º); es decir, lo que se trasmite, «en un caso es la idea y en otro la noticia o el dato» (S.T.C. 223/1992, de 14 de diciembre, fundamento jurídico 1º). Aunque en no pocas ocasiones resulta complicado determinar cuándo nos encontramos ante ideas u opiniones y cuándo ante datos o hechos.”

La Sentencia 99/2002 incluye en la opinión los “juicios personales y subjetivos” (f.j. 5).

La Sentencia 232/2002 recurre, además, a las “apreciaciones” (ff.jj. 2 y 3)

Tenemos, pues, que para el Tribunal Constitucional la *opinión* se refiere al “pensamiento, ideas, creencias, juicios subjetivos y personales de valor y apreciaciones”, mientras que la *información* viene constituida por “hechos, noticias o datos”. La primera opera en el ámbito personal, subjetivo, y la segunda en el campo objetivo.

⁶ Números y lugares del BJC: 49, p. 543, f.j. 10; 111, p. 77, f.j. 4-a; 115, p. 125, f.j. 9 (10?); 208, p.37, ff.jj. 2, 3, y 5; 239, p. 274, f.j. 6; 254, p. 15, f.j. 5; 261, p. 88, ff.jj. 2 y 3; 252, p. 84, ff.jj. 3 y 4.

No obstante, es claro que, en la realidad, la distinción no implica un corte radical: los hechos suelen ser enjuiciados, valorados, mientras que los pensamientos, ideas, apreciaciones, etc. parten frecuentemente de hechos, noticias, sucesos o acontecimientos, es decir, de datos.

El Tribunal Constitucional reconoce esta urdimbre de hechos y opiniones y la dificultad consiguiente de discernir ante cuál de estas figuras estamos. Cuestión ésta importante, ya que el tratamiento jurídico de unos y otras no es idéntico. La Sentencia *126/2003* aborda la cuestión de la forma siguiente:

“...Es cierto que en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión...Ello aconseja, en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del artículo 20 C.E., al elemento que en ellos aparece como preponderante...”

Habría que añadir a esta doctrina que la mera selección de los hechos, datos o noticias implica ya una apreciación, un juicio de valor. Y ello hace aún más compleja la posibilidad de separar ambos conceptos. Decíamos antes, por ello, que los documentales parecen clasificables como información, pero, con independencia de que en ellos aparecen frecuentemente también apreciaciones subjetivas, la mera elección del tema y la decisión sobre los ingredientes que se van a documentar implican también juicios de valor y, en ocasiones, justificarán la inclusión de estas producciones en el concepto de opinión.

Una vez delimitado en lo posible el campo jurídico de estos dos espacios televisivos, así como la naturaleza que asignan las normas vigentes a los instrumentos de acceso al medio denomina-

dos derecho de antena y declaraciones o comunicaciones oficiales, entramos en el análisis del significado del objeto propio del presente trabajo, es decir, los conceptos de publicidad y propaganda, que constituye la segunda parte de esta reflexión.

1.2 SEGUNDA PARTE

La publicidad.

Hemos visto que la publicidad es uno de los espacios televisivos fundamentales. Parece necesario ahora precisar el concepto legal de publicidad y de lo que, conforme a derecho, no es publicidad, así como exponer la regulación de la publicidad como espacio separado y conceptualmente independiente de otros espacios televisivos que acabamos de precisar, y finalmente aludir a la prevención con la que las normas vigentes parecen contemplarla.

Dado que el propio Legislador estatal nos dice expresamente (LIDUE, Exposición de Motivos, I, párrafo quinto) que, entre los textos legales que regulan el ámbito de la televisión como medio de comunicación social, está la LGPU, tendremos que tenerla en cuenta, además de acudir a la Directiva 552 y a la LIDUE⁷, para abordar el concepto y los límites legales de la publicidad.

a- Las normas de la Directiva 552, de la LIDUE y de la LGPU

El concepto de publicidad televisiva.

El artículo 2 LGPU define la publicidad como sigue:

⁷ A partir de aquí citamos la Directiva 552 una vez incorporadas las modificaciones introducidas en ella por la Directiva 97/36/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 30 de junio de 1997, omitiendo la cita de ésta última. Del mismo modo citamos la LIDUE según las modificaciones de la Ley 22/1999, de 7 de junio, sin tener en cuenta, por el contrario, las modificaciones introducidas por el artículo 8 de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, que no afectan a los objetivos de este trabajo.

“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

La definición que de “publicidad televisiva” ofrece el art. 1-c de la Directiva 552 coincide sustancialmente con la de la LGPU y dice así:

“...cualquier forma de mensaje televisado a cambio de una remuneración o de un pago similar o bien para fines de autopromoción por una empresa pública o privada en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional liberal tendente a promover, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”.

La única diferencia apreciable es la inclusión de la autopromoción en la definición de la Directiva, es decir, en definición del considerando 34 de la Directiva 36, “los anuncios realizados por el organismo de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y con los productos conexos directamente derivados de los mismos”

Finalmente el artículo 3-c de la LIDUE recoge prácticamente la definición de la Directiva 552, e incluye como publicidad los mensajes emitidos por cuenta de terceros para promover actitudes o comportamientos en los telespectadores. Dice textualmente así:

“...cualquier forma de mensaje televisado emitido, mediante contra-prestación y por encargo de una persona física o jurídica, pública o privada, en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover la contratación de bienes muebles o inmuebles o de servicios de cualquier tipo.

Los mensajes dedicados a la autopromoción tendrán, a efectos de esta Ley, la consideración de publicidad.

También se considerará publicidad, cualquier forma de mensaje emitido por cuenta de terceros para promover determinadas actitudes o comportamientos entre los telespectadores”.

Se ha de destacar, pues, que la normativa vigente entiende, al menos en principio, por publicidad televisiva:

- mensajes televisados a cambio de remuneración
- referentes a actividades comerciales, industriales, artesanales o de profesiones liberales.
- cuya finalidad es promover la contratación de los bienes o servicios respectivos, mediante la correspondiente remuneración.

Así pues, la publicidad televisiva sería una actividad económica, que forma parte del mercado y que promueve mediante precio el contacto de los consumidores y usuarios con los oferentes de bienes y servicios, a los efectos de obtener una respuesta de aquéllos, directa o indirectamente favorable a lo ofrecido y preferentemente de carácter contractual. La consideración de la autopromoción como publicidad no modifica obviamente la naturaleza del concepto, puesto que esta actividad se propone igualmente una respuesta favorable de los destinatarios y, al menos indirectamente, posibilidades contractuales para el oferente. Basta recordar la relación entre audiencia y contratación de publicidad, importante fuente de financiación del medio.

Esto es, por lo demás, jurídicamente muy claro, si se examinan las referencias a objetos de comercio en los casos de publicidad prohibida (arts. 12 a 16 de la Directiva 552 y arts. 8, 9 y 10 LIDUE), y a la remuneración en los supuestos de televenta (considerando 36 de la Directiva 36, arts. 1.f y concordantes de la Directiva 552 y) o de patrocinio (art. 15 de la Directiva 552 y art. 15 LIDUE).

El examen de los Títulos I y II (arts. 1 a 8) de LGPU vuelve a situarnos ante una actividad de mercado, esencialmente económica, en la que se regula la presentación adecuada de bienes y servicios destinados a consumidores y usuarios mediante precio.

En esta misma línea del carácter económico de la actividad publicitaria se hallan el hecho de que se contemple la publicidad en normas de carácter netamente económico o referidas directamente al mundo de las transacciones económicas sobre bienes y servicios, como son el art. 8º de la Ley 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o el artículo 5º, párrafo primero, de la Ley vasca 10/1.981, de 18 de noviembre, del Estatuto del Consumidor⁸.

No hay ninguna otra norma sustantiva fundamental en que se regule con carácter general la publicidad, es decir, el mensaje informativo pagado acerca de bienes y servicios que hay en el mercado.

Objeción al carácter exclusivamente económico de la publicidad.-

La redacción poco precisa del párrafo tercero del art. 3.c transcrito de la LIDUE puede suscitar duda razonable sobre el carácter económico de la actividad publicitaria. Podemos preguntarnos con todo fundamento qué significa un “mensaje emitido para promover determinadas actitudes o comportamientos entre los telespectadores”. Parece que, sin más precisiones, la publicidad podría encaminarse a suscitar cualquier tipo de actitudes y comportamientos, no sólo económicos, sino políticos, sociales, ideológicos, religiosos y del cariz más variado. De este modo, la publicidad derivaría desde su vocación mercantil a objetivos de propaganda, invadiendo los ámbitos de la opinión y de la información de efectos ajenos a lo propiamente contractual, mercantil.

Nos parece que esa interpretación de la norma no es coherente con otros aspectos de la regulación.

Para empezar, es claro que la publicidad debe tener un campo propio, puesto que debe separarse de los espacios de opinión e información, según hemos enunciado más arriba y vamos

⁸ Su redacción definitiva fue publicada en el B.O. del País Vasco de 2.03.83.

a ver con más detalle. En segundo término, los mensajes no mercantiles encaminados a promover actitudes y comportamientos del telespectador, como son los “anuncios de servicio público “ y los “llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente” se excluyen “ de los límites máximos del tiempo de difusión diario u horario que puede asignarse a la publicidad y a la televenta”, como prevé el considerando 34 de la Directiva 36. Parece, por tanto, que dichos mensajes no son jurídicamente publicidad y que los primeros podrían incluirse en el concepto de las declaraciones y comunicaciones oficiales, mientras que los llamamientos gratuitos obedecerían a una forma del ejercicio del derecho de antena, figuras ambas que ya hemos mencionado anteriormente. Además, el texto de la norma se refiere expresamente a mensajes emitidos “por cuenta de terceros”, es decir, que son mensajes a cambio de un precio, lo que, unido a las dos primeras razones, lleva a la conclusión de que los mensajes previstos por esta norma han de entenderse encaminados a suscitar actitudes o comportamientos favorables o desfavorables a determinadas mercancías o servicios de carácter mercantil. Finalmente en la Directiva 552 todas las norma de publicidad –incluidas las de televenta y patrocinio- tienen contenido y finalidad mercantil. No encontramos ninguna similar al texto de la LIDUE que comentamos, o capaz de generar una duda análoga. Por tanto, los mensajes del texto del párrafo tercero del art. 3-c de la LIDUE no suponen excepción de ninguna clase respecto del carácter mercantil que el derecho da a la publicidad.

Los límites legales de la publicidad televisiva.

El carácter netamente económico que, como acabamos de ver, tiene la publicidad en la normativa vigente, excluye, en principio, de su ámbito legal y práctico cualquier actividad que no sea la actividad de mercado y que no tenga por objeto los bienes y servicios materia de transacciones mercantiles o análogas.

La seguridad de que existe esa limitación jurídica del ámbito de la publicidad televisiva, se ratifica al considerar que la televisión tiene, como también hemos visto más arriba, espacios de

información y de opinión con la extensión y el carácter indicados en la Primera Parte de este trabajo. Pues, bien, esos espacios son los verdaderamente propios de los fines y de la función del medio en cuanto instrumento para hacer posible el ejercicio de los derechos del art. 10.1 del convenio de Roma y del art. 20 CE. Ello explica que el Legislador considere el espacio publicitario como una posible amenaza de perturbación para los otros dos espacios, con los que, además, está expresamente prohibido hacer o entremezclar publicidad, ya que ésta ha de emitirse con separación y distinción de los demás programas en forma estricta y claramente perceptible por el televidente. (Directiva 552, art. 10; LIDUE, art. 11; y el art. 3-b LVTV anteriormente citado)

Por si esto no fuere suficientemente claro, también hemos podido ver que en las televisiones públicas existe el derecho de antena, para que los grupos políticos, sociales y culturales puedan ejercer gratuitamente el derecho fundamental de libertad de opinión, expresión e información (CE, art. 20). Y ello precisamente en los espacios televisivos de información y opinión, no destinados a la publicidad.

Es, por lo tanto, una consecuencia jurídica obligada, que el artículo 9-1-c LIDUE prohíba terminantemente la publicidad de contenido esencial o primordialmente político o dirigida a la consecución de objetivos de tal naturaleza, al igual que su artículo 15.3 prohíbe patrocinar, total o parcialmente, programas diarios sobre noticias o de actualidad política, salvo que se trate de información deportiva y metereológica. Estas disposiciones deben enmarcarse en el ámbito más amplio de la exclusión general de toda publicidad de contenidos u objetivos no económicos.

-Naturalmente el Legislador puede considerar oportuno hacer excepciones, aun cuando las que se contemplan aparentemente como tales, no lo son en verdad.

- Así el citado artículo 9-1-c LIDUE tiene en cuenta la salvedad que impone el artículo 60 de la Ley Orgánica 5/1.985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para un período –el

electoral- que es también un momento excepcional. La excepción, en realidad, no es tal, puesto que el nº 1 de ese artículo 60 sigue prohibiendo la publicidad política, es decir, la contratación retribuida de espacios para emitir mensajes políticos en los medios de titularidad pública, y, como veremos más adelante, la autorización del nº 2 es para otra cosa –la emisión gratuita de mensajes políticos en campaña electoral- que la norma califica con precisión como propaganda. Por lo demás, el artículo 22-2 LVTV enmarca la propaganda electoral dentro del derecho de antena, es decir, fuera del ámbito de la publicidad.

- Parece otra excepción a la norma de prohibición de mensajes publicitarios de contenidos o fines no económicos, la posibilidad legal de que las Instituciones emitan mensajes al amparo del artículo 24 LVTV el cual faculta al Gobierno Vasco para ordenar la emisión de cuantas declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público estime necesarias. La misma regulación establece el artículo 22 ERTV. Una aplicación de tales principios puede verse en el artículo 18 LVEC, que ordena al Gobierno Vasco realizar campañas orientadoras e informativas en materia de derechos de los consumidores y usuarios. Otra aplicación parecida serían los artículos 23, 26 y 27-1 de la Ley vasca 10/1.982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del euskera, que dan al Gobierno Vasco el mandato de promover el empleo preferente del euskera en los medios y de fomentar el uso del euskera en todos los ámbitos de la vida social y en la publicidad. Hay, verosímilmente, más aplicaciones de este tipo, pero aquí nos limitamos a los mandatos legislativos fundamentales.

Y decimos que la mal llamada publicidad institucional “parece” una excepción al principio jurídico general que excluye del ámbito publicitario los mensajes de contenido o finalidad no económicos, porque, en nuestra opinión, tampoco es realmente una excepción. Y no lo es, porque esa “publicidad” no es tal, sino “propaganda”, es decir, emisión de mensajes gratuita y que además puede no ser de contenido económico. La LVTV deja muy claro este punto, colocando también el artículo 24 citado en el ámbito del derecho de antena, que es de ejercicio absolutamente

gratuito y ajeno al ámbito publicitario. No sería obstáculo a esta calificación jurídica el que, para compensar a los medios públicos de la pérdida de ingresos de publicidad que les pueda representar la reducción de espacios publicitarios por la propaganda institucional, les indemnizaran las Instituciones con el precio de lo que el medio hubiera obtenido con la publicidad en su dimensión total.

El carácter independiente del espacio publicitario y el deber jurídico de separarlo claramente del resto de la programación

Como en la LVTV (art. 3-b), ambas características aparecen expresamente en la norma europea y en la LIDUE.

El artículo 10 de la Directiva 552 dispone que la publicidad televisada debe ser: fácilmente identificable, diferenciarse del resto del programa por medios ópticos, acústicos o de ambas clases, y aparecer agrupada salvo excepciones, quedando prohibidas las técnicas subliminales y de encubrimiento, es decir, las fórmulas que pueden nacer de la confusión con otros espacios o generar confusión con ellos, entorpeciendo la capacidad del televidente para tomar conciencia del verdadero mensaje.

La misma regulación presentan con mayor amplitud los artículos 8.2 y 11 de la LIDUE. Ésta empieza por remitir a la LGPU⁹ en materia de definición de la publicidad subliminal y en la Exposición de Motivos originaria, punto 3, asegura que:

“Cuestión de capital importancia en la Ley son las reglas sobre la identificación de la publicidad, su diferenciación del resto de la programación y su difusión agrupada, permitiéndose

⁹ El art. 7 LGPU define la publicidad subliminal como sigue: “A los efectos de esta Ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.” El uso de éstas técnicas se puede dar en cualquier espacio de información, opinión o entretenimiento y es presumible que se pretenda emplearlas en espacios de esa clase de gran audiencia comprobada o presumible, confundiendo con dichos espacios.

tan sólo de modo excepcional los espacios publicitarios aislados; así como las establecidas en relación con los lugares de la programación en los que deberá insertarse la publicidad, los plazos y cadencias de interrupción de la programación para las emisiones publicitarias y los porcentajes máximos de tiempo de transmisión dedicado a la publicidad sobre el total de las emisiones”.

La prevención del Legislador frente a la publicidad.

Con arreglo a la Directiva 552, para proteger los intereses de los consumidores como telespectadores “es básico que la publicidad televisiva se someta a cierto número de normas mínimas y de criterios y que los Estados miembros tengan la facultad de fijar reglas más detalladas o más estrictas ... para los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia” (Exposición de Motivos de la primera versión, considerando 27, cuyo contenido respecto de la posibilidad de normas más estrictas se reitera en el considerando 44 de la Exposición de Motivos de la modificación) Esa declaración queda plasmada en el art. 3.1 y se materializa en una serie de mandatos. Así la publicidad ha de insertarse entre los programas, o en las partes autónomas o intervalos de los programas, o después de períodos completos de 45 minutos de un programa (art. 11), se limita el tiempo diario u horario que puede dedicarse a la publicidad (artículo 18 y 18 bis) y se prohíbe el patrocinio de telediarios y emisiones de actualidad política (art. 17.4). Todo ello presenta a la publicidad con cierto carácter de riesgo para la función, los fines y el pluralismo de los medios y, por tanto, para la libertad de expresión e información.

Los artículos 12, 13 y 15.3 de la LIDUE recogen análogas prevenciones y limitaciones, con especial referencia a las emisiones deportivas, los largometrajes y los programas informativos, documentales, religiosos e infantiles (n.ºs. 2, 4, 5 y 6 del art. 12), así como a idéntica prohibición del patrocinio de los programas diarios sobre noticias o de actualidad política (art. 15.3). Como hemos visto un poco más arriba, estas prevenciones y limitaciones se consideran como “cuestión de capital importancia” en el párrafo transcrito de la Exposición de Motivos originaria.

Se ve, pues, que el Legislador, tanto comunitario, como estatal, contemplan la publicidad como una actividad de riesgo que ha de someterse a normas estrictas, si no se quiere frustrar la libre circulación de las informaciones e ideas, tarea que corre a cargo precisamente de los espacios informativos, educativos, culturales y de entretenimiento de los medios en un ambiente de pluralismo, evitando al máximo recortar el tiempo dedicado a dichos espacios, necesario para hacer posible ese pluralismo. A la vista de ello, no creemos exagerar diciendo que la publicidad es a los ojos del Legislador una actividad económicamente necesaria, pero perturbadora para la libertad de expresión y de información. Se podría decir que es un mal necesario desde el punto de vista de este derecho fundamental.

1.3 TERCERA PARTE

La propaganda

Una vez examinados algunos de los aspectos más destacables de la publicidad televisiva, procedemos a considerar un concepto, al parecer, pariente de aquélla, la propaganda, que, sin embargo, únicamente es tal en apariencia, ya que son dos realidades que sólo son coincidentes en constituir emisión de mensajes. Empecemos, pues, por distinguirlas.

a.- Propaganda y publicidad

En el ordenamiento jurídico la propaganda tiene un sentido muy preciso que la separa netamente de lo que el derecho entiende por publicidad. Aun a riesgo de incurrir en repeticiones, en este punto intentaremos profundizar sobre los conceptos jurídicos de propaganda y derecho de antena.

Hemos visto ya en los apartados precedentes de este trabajo que la publicidad consiste en la difusión, mediante precio, de mensajes de contenido y finalidad económicos formulados en el campo de las transacciones industriales, artesanales, comerciales y profesionales. Pues, bien, la distinción con la propaganda apa-

rece claramente en el artículo 60 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (en adelante, LOREG).

El nº 1 de dicho artículo excluye expresamente el precio y dispone literalmente lo que sigue:

“No pueden contratarse espacios de publicidad electoral en los medios de comunicación de titularidad pública”.

A primera vista podría resultar engañosa la expresión “publicidad electoral”. Es decir, que parece que cabría alguna publicidad de fines y contenidos no mercantiles. Pero el nº 2 del mismo artículo despeja claramente la incógnita, cuando dice:

“Durante la campaña electoral los...que concurren a las elecciones tienen derecho a espacios gratuitos de propaganda en las emisoras de televisión y de radio de titularidad pública...”

Es decir, que los espacios de difusión de ideas políticas electorales son propaganda y son gratuitos; no son publicidad, cosa jurídicamente obvia habida cuenta del contenido mercantil de ésta y del hecho de que la publicidad es de pago como hemos visto al examinar las normas vigentes sobre ella

Puede objetarse que la norma es específica para el período electoral, lo cual es indudable. Sin embargo eso no obsta para que lo expuesto, en lo que se refiere a la distinción entre publicidad y propaganda, represente la aplicación de principios generales aplicables al margen de las campañas electorales. Es lo que se concluye, si se considera que, cuando se publica la LOREG, estaba vigente el Estatuto de Publicidad publicado por Ley 61/1964, de 11 de junio, porque esta disposición, que fué derogada tres años y cinco meses después de la publicación de la LOREG por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, (disposición derogatoria), dice así en sus artículos 2º y 3º:

“Artículo 2º.- Será considerada como actividad publicitaria toda divulgación para dirigir la atención del público o de

los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación.”

“Artículo 3º.- No tendrán la consideración de actividad publicitaria a efectos del presente Estatuto:

1º.- Cualquier forma de difusión o información que no se oriente de modo inmediato a favorecer o promover la contratación de bienes o servicios.

2º.- Los edictos, anuncios, notificaciones y demás formas de información que se realicen en cumplimiento de prescripciones legales o reglamentarias.

Las anteriores exclusiones no prejuzgan el carácter de las relaciones económicas que se establezcan para la difusión.”

Se ve, pues, claramente que se distingue entre una divulgación con fines contractuales que se califica de publicidad, y las divulgaciones que tienen otros fines. Y esta distinción es la que se introduce en el artículo 60 de la LOREG, que, con independencia de admitir el carácter contractual de la divulgación publicitaria y de prohibirla para difundir mensajes electorales, califica de propaganda las divulgaciones de carácter electoral, precisamente porque no tienen finalidad contractual.

Tenemos, pues, así, perfectamente separadas por las normas aludidas dos formas de divulgación: la publicidad que tiene fines contractuales, fundamentalmente mercantiles, y la propaganda que tiene otras finalidades.

Como hemos visto repetidamente, esa idea de la publicidad sigue vigente en el derecho actual, que añade expresamente la necesidad de que sea divulgación por precio.

La legislación europea es algo más parca en el establecimiento de esta distinción. Sin embargo hemos aludido ya a ciertas

referencias legislativas¹⁰, en las que se adivina la distinción. Así el considerando 34 de la Exposición de Motivos de la modificación de la Directiva 552 segrega de los tiempos asignados a la publicidad los asignados a “anuncios de servicio público y a llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente”. Del mismo modo, el artículo 18.3 de la Directiva mencionada se pronuncia como sigue:

“A efectos del presente artículo, no estarán incluidos en la publicidad:

-los anuncios de servicio público ni los llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente.”

El grupo de anuncios de servicio público encuentra su paralelo en las declaraciones o comunicaciones oficiales. En cuanto a los llamamientos benéficos encajan perfectamente en el llamado derecho de antena. De aquéllos y de éste hemos hablado anteriormente y seguidamente vamos a hablar con más detenimiento.

b.- Clases de propaganda.

El examen precedente del artículo 60 de la LOREG nos revela que el derecho vigente prevé la existencia de una propaganda electoral. Pero hay otras normas que regulan también la difusión de hechos, datos e ideas carentes de objetivo contractual o mercantil, es decir, la difusión de propaganda, fuera del ámbito de una campaña electoral. Son las que regulan el uso de dos instrumentos de acceso a las emisiones de televisión: el llamado derecho de antena y los mensajes institucionales, de los cuales venimos haciendo mención repetidas veces.

Propaganda electoral.

Nos limitamos a la LOREG, porque las normas autonómicas de la CAPV en la materia –arts. 81 a 85 de la Ley del

¹⁰ Vid. Segunda Parte, aptdo. a), epígrafe “Objeción al carácter exclusivamente económico de la publicidad”, párrafo tercero.

Parlamento Vasco 5/1990, de 15 de junio, de elecciones al Parlamento Vasco- se ajustan a lo previsto en aquélla. Pues bien, hemos visto que el artículo 60 de la LOREG prohíbe contratar publicidad electoral en los medios de comunicación de titularidad pública¹¹. Hemos visto igualmente, que quienes concurren a las elecciones tienen derecho a espacios gratuitos para hacer difusión de sus mensajes políticos, es decir, derecho a espacios de propaganda gratuitos¹². Pues bien, en desarrollo de estos principios la propia LOREG establece lo siguiente:

Que sólo pueden hacer campaña electoral “*los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios*”. Apartado. 3 en relación con el apartado 2, ambos del artículo 50.

Que “*no puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado ni tampoco durante el período comprendido entre la convocatoria de las elecciones y la iniciación legal de la campaña*”. Art. 53.

Así pues, la propaganda, en su versión electoral, se caracteriza por ser gratuita, destinarse a la emisión de mensajes políticos de una clase específica, es decir, mensajes dirigidos a la captación de sufragios, estar autorizada solamente a unos sujetos muy determinados -los que concurren a las elecciones en ese momento- y, finalmente, estar limitada a un período fijado legalmente: el de campaña electoral. Tales características la alejan totalmente de la publicidad. Esta es de pago, se refiere a la captación de clientes para la adquisición de bienes de uso y de consumo y el disfrute de servicios de carácter privado, se ejerce exclusivamente por industriales, comerciantes o profesionales y no tiene épocas predeterminadas por ley.

La LOREG prevé también la posibilidad de mensajes de propaganda institucional en período electoral, pero dejamos su

¹¹ Tercera Parte, letra a)

¹² *ibid.*

consideración para el momento de examinar la regulación de los mensajes institucionales.

Propaganda fuera del ámbito de las elecciones.

El carácter de este tipo de propaganda difiere de la propaganda electoral por la ausencia de limitaciones a una época determinada y por la extensión de los sujetos autorizados a hacerla y la amplitud de los temas que pueden ser objeto de ella.

Evidentemente este tipo de propaganda está autorizado en todos los espacios de carácter informativo y de opinión que programen los medios. Sin embargo, dejar la emisión de este tipo de espacios huérfana de regulación sería someter la libertad de expresión y de comunicación al criterio y a la voluntad exclusivos del medio. Pues bien, para ampliar ese abanico de posibilidades en consonancia con la idea de pluralismo sociopolítico que reconocemos, perseguimos y debemos alimentar en nuestra sociedad, se ha configurado en el ámbito del ordenamiento jurídico el llamado derecho de antena.

El artículo 20.3 de la Constitución vigente dispone que *“la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”*.

El mandato se recoge y desarrolla, como hemos mencionado anteriormente¹³, en los artículos 8º.2.e, 21 y 22.1 de la LVTV. Estas normas establecen lo siguiente:

Que tienen derecho de acceso a los medios públicos de la CAPV los grupos sociales y políticos representativos, fijados con arreglo a criterios de representación política, sindical, patronal y

¹³ Vid. Primera Parte, líneas introductorias; aptdo. a), párrafo segundo; y aptdo. c), párrafos quinto y sexto.

de interés social y cultural, lo cual se garantiza, además, a los grupos políticos, sociales y culturales de menor significación. Art. 21.

La determinación de los criterios para ser considerado grupo representativo o de menor significación y el porcentaje de programación que se les destina se establece por el Consejo de Administración del organismo. Art. 21.1 y art. 8º.2.e.

Que también se considera derecho de antena la difusión diferida de debates parlamentarios y la información sobre los mismos. Sin embargo, en este punto el derecho de las fuerzas políticas no es a exigir la emisión de los debates, sino a la proporcionalidad del espacio dedicado a cada una de ellos, en el caso de que el medio decida o acepte emitirlos. Art. 22.1.

La misma regulación se encuentra en el ERTV respecto de los medios públicos de titularidad estatal con las diferencias anteriormente apuntadas¹⁴ y con la salvedad de que el ERTV no prevé una medida similar a la del art. 22.1 de la LVTV.

En lo que se refiere a la legislación europea, podemos incluir dentro de este mismo capítulo de propaganda no electoral los “llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente” del art. 18.3 de la Directiva 552 y del considerando 34 de la Exposición de Motivos de la modificación de la misma, ya mencionados como parte del derecho de antena¹⁵. Parece obvio que tal previsión no hace referencia a llamamientos de carácter mercantil –son llamamientos “de carácter benéfico”- y que pueden efectuarse por cualquier grupo, sindical, empresarial, social religioso o cultural, y hasta político. Esto significa que su lugar propio es el del derecho de antena. Con todo, no cabe duda de que también las instituciones pueden emitir y emiten llamamientos de este tipo, lo que podría llevarnos a considerar estas emisiones también dentro del concepto de declaraciones o comunicaciones oficiales.

¹⁴ Vid. Primera Parte, aptdo a), párrafo tercero.

¹⁵ Vid. Tercera Parte, aptdo. a), *in fine*.

De lo expuesto se deduce que el derecho de antena es un cauce de acceso al medio caracterizado por las siguientes notas:

Limitación del derecho a grupos políticos, sindicales, patronales, sociales y culturales significativos, o menos significativos en el caso de los medios de la CAPV. Ningún ciudadano individual dispone de este derecho. Una de las razones de esa exclusión podemos encontrarla tal vez en el hecho de que el día tiene sólo veinticuatro horas y, si todos los ciudadanos individualmente considerados tuviéramos derecho a exigir el acceso al medio, este quedaría bloqueado al poco tiempo y sus funciones y el cumplimiento de sus objetivos anulados.

Contenido amplísimo en lo que a la difusión de ideas y comunicaciones de esos grupos se refiere, es decir, a la propaganda de tipo político, sindical, empresarial, filosófico, cultural o religioso que pueden hacer sus titulares, con los límites elementales de respeto al orden público y a terceros, y de las normas penales, y con exclusión de los mensajes que hemos calificado como propios de la publicidad¹⁶

Ausencia de límites a períodos determinados, siempre que no se utilice el espacio para hacer propaganda electoral, ya que ésta tiene sus propios cauces legales.

Gratuidad.

Es, por tanto, claro que se trata de un instrumento en el que cabe la información, la opinión y, como parte de ésta última, la propaganda, pero que es una estructura ajena al concepto de mensajes publicitarios mercantiles de pago.

c.- Los mensajes institucionales.

Se trata de lo que la legislación del Estado y de la CAPV llama “declaraciones o comunicaciones oficiales” y la normativa

¹⁶ Vid. Tercera Parte, aptdo. a), párrafo segundo y ss.

europea “anuncios de servicio público”. De todo ello hemos hecho mención anteriormente¹⁷.

Existe la posibilidad de emitir mensajes institucionales, tanto en campaña electoral, como fuera de ese ámbito. Dado que las normas de campaña se refieren a un momento especial, examinaremos en primer lugar la emisión de mensajes institucionales fuera de campaña. Conviene tener en cuenta que aquí no examinamos principalmente la posibilidad legal de emitir este tipo de mensajes, sino el derecho de la institución de la que se trata a exigir su emisión.

Prescindimos de considerar la obligación, que determinadas Leyes pueden imponer en relación con anuncios, edictos, notificaciones, etc. de carácter judicial o administrativo, porque es cuestión ajena al objeto de este trabajo.

Los mensajes institucionales fuera de campaña electoral.

La complejidad de este cauce de acceso a las emisiones de televisión obliga a tener en cuenta una pluralidad de disposiciones. Unas regulan propiamente el instrumento y sus contenidos, pero hay otras que regulan los sujetos a los que la Ley autoriza a utilizarlos. Empezamos por abordar las normas reguladoras.

Examen de las normas que regulan el instrumento y sus contenidos.

Las normas de referencia son autonómicas, estatales y europeas. Las primeras se contienen en los arts. 24 y 25 LVTV, las estatales en el art. 22 ERTV y las europeas consisten en la mera referencia a los “anuncios de servicio público” del art. 18.3 de la Directiva 552 y del considerando 37 de la Exposición de Motivos de su modificación, a los que nos hemos referido repetidas veces en este trabajo.

¹⁷ Vid. Primera Parte, aptado. a), párrafo segundo, y Tercera Parte, aptdo. a), últimos párrafos.

Conviene tener en cuenta el texto literal de los artículos 24 y 25 LVTV. Dicen así:

Art.- 24.- El Gobierno Vasco podrá hacer que se programen y difundan cuantas declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público estime necesarias, con indicación de su origen. Por razones de urgencia, apreciadas por el Gobierno, estas comunicaciones y declaraciones tendrán efecto inmediato.

Art. 25.- Los Directores de los Medios estarán obligados a emitir, al día siguiente a su recepción, cuantas notas y comunicados les remita la Administración, a través del Ente Público, rectificando o aclarando informaciones emitidas sobre actos propios de su competencia y función. La rectificación deberá ser emitida en el programa informativo correspondiente al mismo horario en que fué emitida la información causante.

Como elemento de comparación nos parece de importancia tener a la vista la letra del artículo 22 ERTV, que se expresa como sigue:

Art. 22.- El Gobierno podrá hacer que se programen y difundan cuantas declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público estime necesarias, con indicación de su origen. Por razones de urgencia, apreciadas por el propio Gobierno, estos comunicados y declaraciones tendrán efecto inmediato.

Como puede observarse, el texto del art. 24 LVTV y el del 22 del ERTV son prácticamente idénticos; el art. 25 LVTV regula una situación diferente. Pues bien, considerando el contenido de las normas autonómicas, y al margen de otras precisiones, deben destacarse dos ingredientes en el texto de las normas mencionadas: las facultades que conceden y el sujeto legalmente habilitado para requerir la emisión de los mensajes objeto de las disposiciones enunciadas.

Las facultades.

En el caso de las normas autonómicas, tenemos dos facultades diferentes:

- Facultad de ordenar y difundir declaraciones o comunicaciones de interés público que se estimen necesarias. Se refiere a lo que solemos entender en el lenguaje habitual como mensajes de promoción o de propaganda de valores de interés público, informaciones y notificaciones de interés general. Así mensajes relativos a la sanidad, a la enseñanza, a temas de interés para el derecho del consumidor, información de medidas oficiales en los campos más diversos de las competencias gubernamentales, como, p.e., la promoción del idioma vasco, notificaciones de cuestiones que afectan a los ciudadanos y toda clase de mensajes e informaciones sobre actuaciones y previsiones de carácter oficial. Sin embargo, también caben aquí los “llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente”, puesto que, en muchas ocasiones pueden entenderse como llamamientos de interés común, p.e., si se trata de objetivos benéficos, nacionales o internacionales, de la política gubernamental.

- Facultad de exigir la emisión de notas y comunicados rectificando o aclarando informaciones emitidas sobre actos propios de la competencia y función de la Administración. Esto no es sino el reconocimiento y la regulación específica del deber de rectificación en favor de la Administración.

- Es claro que de ambos tipos de facultades es gratuito, sin perjuicio de eventuales compensaciones al medio ajenas al concepto de precio, que anteriormente hemos mencionado¹⁸

Una vez más estamos en un ámbito alejado del concepto del mensaje publicitario, tanto por razones de contenido y de objetivos, como por el hecho de tratarse de espacios gratuitos.

Los sujetos de los derechos indicados.

Una vez establecido el contenido objetivo de las normas autonómicas citadas -las facultades que regulan-, es necesario exa-

¹⁸ Vid. Segunda Parte, aptdo. a), epígrafe “Los límites legales de la publicidad”, último párrafo.

minar su aspecto subjetivo: los titulares habilitados por esas disposiciones para ejercer las facultades mencionadas.

En lo que se refiere al derecho de exigir la emisión de mensajes de promoción o propaganda, hay que distinguir:

- *El derecho a exigirla es exclusivo del Gobierno*, como dice expresamente el artículo 24 LV y también, en forma coincidente, el art. 22 ERTV. Por lo tanto, ninguna Administración pública que no sea Gobierno.

- *El derecho a solicitarla puede ser de cualquiera*. Es lo que se deduce de la indicación que hace la norma, al decir que el Gobierno ejercerá su competencia “con indicación de su origen”. Tal expresión significa indudablemente que el origen de la petición puede ser muy variado. *Sin embargo*, para ser exigible, la petición habrá de hacerse *siempre a través del Gobierno*, el cual decidirá si le da o no curso y si la presenta o no con exigencia de emisión.

En materia de deber de rectificación y de aclaración, el sujeto con competencia para exigir su cumplimiento al medio es *la Administración competente* en la materia que, cuando lo juzgue procedente, podrá ordenar que se rectifiquen o aclaren informaciones emitidas sobre actos propios de su competencia y función. (art. 25). Y es la *Administración en general*, no una Administración determinada. Por lo tanto, a nuestro entender, la rectificación o aclaración puede ser ordenada *directamente por cualquier órgano de la Administración pública competente en la materia en cualquiera de sus grados: estatal, autonómico, provincial o municipal*.

Qué se entiende por “Gobierno”.

Al llegar a este punto nos encontramos con dos conceptos diferentes: la Administración y el Gobierno. No parece ofrecer duda la Administración, puesto que se trata de cualquier grado y de cualquier órgano de la Administración competente y afectada por la información u opinión sometidas a rectificación o aclara-

ción. Por el contrario parece conveniente precisar el contenido del término “Gobierno” en estas disposiciones, dada la costumbre de atribuir al Gobierno en general lo que pueden ser actos de alguno de los Ministros o bien Consejeros en el caso del Gobierno autonómico.

Entendemos que en estas disposiciones la palabra Gobierno está utilizada en el sentido más estricto del término. Son varias las razones que nos llevan a esa conclusión.

En primer lugar, los mensajes a los que se refieren estas normas son cuestiones de interés público general sobre las cuales es el Gobierno como tal quien tiene la competencia. Hemos dicho anteriormente que no nos referimos aquí a disposiciones reguladoras de materias concretas –p.e., de orden público, de administración sanitaria o educativa y análogas- que pueden otorgar facultades a determinados miembros del Gobierno o de la Administración¹⁹.

En segundo término, la limitación de la capacidad de emisión diaria del medio exige, a nuestro entender, una canalización severa de los accesos al mismo. Evidentemente cualquier miembro de un Gobierno puede comparecer en televisión. Pero una cosa es la comparecencia –que puede ser a petición del propio medio o por iniciativa del compareciente- y otra muy diferente utilizar el derecho de acceso para ofrecer mensajes de carácter general. Esta última facultad, puesta a disposición de cualquier miembro de un Gobierno y en todo momento, podría también llegar a bloquear el medio y resultar gravemente perturbadora para sus funciones y su objetivo.

Finalmente la referencia legal expresa al Gobierno a secas parece que debe entenderse en el sentido estricto que el derecho vigente da a dicho término.

¹⁹ Vid. Tercera parte, aptdo. c) tercer párrafo de su introducción.

Pues bien, todas las definiciones legales –art 98.1 CE; art. 29 EAE; art. 16 LVG y art.1, aptdos. 2 y 3 LEG- coinciden *unánimemente* en que el Gobierno es:

Un órgano integrado por el Presidente, los Vicepresidentes y los Ministros (CE art. 98.1 y art. 1, aptdo. 1 LEG)

Que forman un Consejo de Ministros y Comisiones Delegadas. (art.1, aptdo. 2 LEG).

Que, por ello, constituyen un órgano colegiado. (art. 29 EAE y art. 16 LVG).

Así pues, cuando la ley habla de “Gobierno” sin ninguna otra precisión o aclaración, debe entenderse que se refiere precisamente al colegio de Presidente o Lehendakari, Viceministros o Viceconsejeros y Ministros o Consejeros, *deliberando y decidiendo como tal órgano colegiado*. Tratándose de la televisión pública autonómica será, en principio y de ordinario, el Gobierno de Euskadi y –a nuestro juicio, por extensión del citado art. 22 ERTV en relación con la supletoriedad del derecho estatal prevista en el último inciso del artículo 149.3 CE- el Gobierno del Estado en casos excepcionales que interesen claramente a toda la comunidad política.

Los mensajes institucionales en campaña electoral.

Se hallan expresamente previstos en el art. 50.1 de la LOREG. Dice textualmente así esta disposición:

“Artículo 50.-

1.- Los poderes públicos pueden realizar en período electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar e incentivar la participación en las elecciones, sin influir en la orientación del voto de los electores”.

Es claro que están prohibidos mensajes que en sí, o por las circunstancias del momento, o por cualquier otro motivo, presenten el más leve sesgo partidario encaminado a la captación de voto. La única cuestión que requeriría esfuerzo de interpretación, sería la

de precisar qué se entiende por “poderes públicos” en esta disposición. Y no es cuestión simple, dada la generalidad de la expresión por una parte, y, por otra, la necesidad de evitar una proliferación de propaganda, discutible en cuanto a que sea necesaria o meramente conveniente y que ponga en riesgo otros espacios de los medios, exigidos por el artículo 20 CE. Parece, por ello, que la expresión “poderes públicos” debe quedar limitada a las instituciones colegiadas de carácter territorial y de máxima jerarquía

Deben entenderse, por tanto, comprendidos:

Sin duda, el Gobierno de la Comunidad Autónoma donde el medio tiene su “establecimiento” y, en casos de claro interés para todo el Estado, el Gobierno del Estado. Esto parece elemental por aplicación de los principios del art. 2.3 de la Directiva 552 y del artículo 2.2 de la LIDUE. Estas normas prevén un sistema aparentemente bastante complicado, pero, al menos en lo que afecta a nuestro caso, puede reducirse a la idea de que el Estado con jurisdicción sobre un organismo de radiodifusión televisiva es aquél en el que se halla su sede principal, cuando, además, se toman en ella las decisiones editoriales de programación o en dicha sede opera una parte significativa de su personal. En nuestro caso, es claro que la televisión pública autonómica está sometida a la jurisdicción de los Gobiernos Vasco y Estatal.

Parece que, en el caso de elecciones locales, también las Diputaciones, y hasta los Ayuntamientos, podrían tener interés en emitir propaganda electoral institucional, ajena evidentemente a todo sesgo partidario, como exige el art. 50.1 LOREG transcrito. Por ello, es razonable concluir que, en dichas elecciones, unas y otros podrían legalmente exigir la emisión de esa propaganda, puesto que son, sin duda, “poderes públicos”.

2.- CONCLUSIONES

El contenido de la exposición efectuada puede resumirse en algunos principios fundamentales, recordando en todo momento que nuestra reflexión se refiere exclusivamente a los organismos de radiodifusión televisiva públicos.

Hay tres clases de espacios televisivos fundamentales: el de información, el de difusión de ideas u opiniones y el publicitario comercial. Estos espacios deben presentarse al televidente de tal forma que pueda identificar y distinguir claramente los espacios de una u otra clase. En particular, son cuestión de capital importancia las reglas sobre la identificación de la publicidad, su diferenciación del resto de la programación y su difusión agrupada..

Por información se entiende la emisión televisiva de hechos, noticias, acontecimientos, sucesos o datos, mientras que la opinión se concibe como emisión de ideas, pensamientos, posiciones subjetivas, criterios, valoraciones o juicios subjetivos y personales de valor, apreciaciones e ingredientes análogos. En cambio, la publicidad es una actividad económica, que forma parte del mercado y que promueve mediante precio que paga al medio, el contacto de los consumidores y usuarios con los oferentes de bienes y servicios, a los efectos de obtener una respuesta de aquéllos, favorable a lo ofrecido y preferentemente de carácter contractual.

En el espacio publicitario no se autoriza a emitir mensajes que carezcan de contenido y finalidad económicos, o de orientación que no sea hacia el ámbito de las transacciones industriales, artesanales, comerciales, o profesionales retribuidas. Todo mensaje que no tenga ese contenido y esa finalidad queda excluido del espacio publicitario. Dentro de esa exclusión general, el Legislador ha considerado procedente formular la prohibición expresa de la publicidad de contenido o finalidad políticos.

Las normas dan la impresión de que, a los ojos del Legislador, la publicidad es una actividad económicamente necesaria, pero que, aun cuando participa de los derechos de libertad de expresión e información, es en cierta medida perturbadora de esos derechos. Por lo tanto, toda pretensión publicitaria ha de contemplarse con criterios jurídicos, si no restrictivos, por lo menos estrictos.

Dentro del concepto de información y de opinión, las normas prevén la posibilidad de difusión gratuita de hechos, datos e ideas no orientadas de modo inmediato a favorecer o promover la

contratación de bienes o servicios. Esta actividad es la conocida con el nombre de propaganda.

Se prevé la posibilidad de propaganda en período electoral con fines de captación de votos. Están autorizados a hacerla los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones que participen en la campaña.

En período electoral se puede hacer también propaganda institucional. Los Gobiernos autonómico y estatal siempre; las Instituciones territoriales de grado inferior cuando se trate de elecciones de ámbito local. En todo caso, esta propaganda debe tener por objeto la participación popular sin ingredientes encaminados a la captación de votos.

En todo momento, electoral o no, siempre que, en el caso de los períodos electorales, se mantenga la neutralidad de los mensajes en cuanto a captación de voto y que los titulares del derecho de hacer propaganda electoral se ciñan a las circunstancias de tiempo y lugar previstas legalmente para esa situación, cabe la emisión de mensajes de propaganda. Para ello, la ley prevé dos instrumentos, diferentes por los titulares del derecho y las características del cauce.

El primero de esos instrumentos es el llamado derecho de antena que tiene las siguientes características: otorga derecho de acceder al medio a grupos políticos, sindicales, patronales, sociales y culturales significativos, y hasta menos significativos en el caso de la CPV, sin que ningún ciudadano individual goce de tal prerrogativa. El contenido posible de este derecho es amplísimo en lo que se refiere a difusión de ideas, información, comunicaciones y llamamientos de carácter benéfico de los grupos autorizados, es decir, a la propaganda de carácter político, sindical, patronal, filosófico, religioso o cultural que pueden hacer sus titulares, con los límites elementales de respeto al orden público y a terceros, a las normas penales, y con exclusión de los mensajes que hemos calificado de publicidad. Finalmente la gratuidad es otra de las características de estos mensajes. El carácter significativo de los grupos se regula por acuerdo del Consejo de Administración del medio.

Hay un segundo instrumento de acceso al medio, reservado a los Gobiernos bajo cuya jurisdicción se encuentre el medio. Consiste en ordenar la emisión de declaraciones y comunicaciones oficiales de interés público o anuncios de servicio público, es decir, mensajes de promoción o propaganda de valores de interés público e informaciones y notificaciones de interés general. El ámbito de estos mensajes es, como puede imaginarse, amplísimo. Titular de la facultad de ordenar las emisiones es exclusivamente el Gobierno competente. La facultad de solicitar una determinada emisión es de cualquier persona individual o jurídica, pero ha de hacerlo en todo caso a través del Gobierno correspondiente.

Por último, una especie de modalidad de este segundo instrumento es la facultad de exigir rectificación o aclaración al medio por parte de cualquier Administración afectada por la emisión de alguna información u opinión.

3.- ANEJO

Normas que se aplican y siglas con las que se citan.

3.1 Europeas

- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950 (Convenio de Roma)

- Directiva 89/552/CEE, del Consejo Europeo, de 3 de octubre, modificada por la Directiva 1997/36/CE, de 30 de junio (Directiva 552)

- Trasposición a la normativa del Estado: Ley estatal 25/1994, de 13 de julio, de incorporación de la Directiva 552 al Ordenamiento jurídico español, modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio, (que recoge, entre otras cosas la modificación de la Directiva 552 por la Directiva 97/36/CEE, de 30 de junio), y por Ley 39/2002, de 28 de octubre, (LIDUE)

3.2 Estatales

- Constitución de 1978 (CE)

- Ley estatal 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LEG)
- Ley 4/1980, de 10 de enero, sobre el Estatuto de Radiotelevisión Española (ERTV)
- Ley estatal 61/1964, de 11 de junio, del Estatuto de la Publicidad (LEP)
- Ley estatal 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, modificada por la Ley de Enjuiciamiento Civil (disposición derogatoria.2-12º) y por el Capítulo III de la Ley 39/2002, 28 de octubre,(en adelante LGPU)
- Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, (modificada por las Leyes Orgánicas 1/1987, de 2 de abril; 8/1991, de 3 de marzo; 6/1992, de 2 de noviembre; 13/1994, de 30 de marzo; 1/1997, de 30 de mayo; 3/1998, de 15 de junio; 8/1999, de 21 de abril; también por la Ley Orgánica 5/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos; y últimamente por el art. 5 de la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo. (Con las modificaciones mencionadas, se cita la Ley electoral como LOREG)
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

3.3 Autonómicas

- Ley del Parlamento Vasco 7/1981, de Gobierno (LVG)
- Ley del Parlamento Vasco 5/1982, de 20 de mayo, de Creación y Estatuto del Ente Público Euskal Irrati Telebista-Radio Televisión Vasca (redacción dada por las Leyes 4/1996, de 11 de octubre, y 8/1998, de 27 de marzo) (LVTV)
- Ley del Parlamento Vasco 10/1981, de 18 de noviembre, del Estatuto del Consumidor (en su redacción definitiva, publicada en el B:O:P:V de 2.03.83) (LVEC)

3.4 Referencias jurisprudenciales

- Boletín de Jurisprudencia Constitucional.- Se cita como BJC

J. Gabriel de Mariscal

MIKEL ARRUTZA (1890-1966),

BIZKAIKO ALDUNDIKO EUSKARAZKO ITZULTZAILE

1. SARRERA

Dagoeneko Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkarian hainbat artikulua interesgarri agertu dira zuzenbidearen eta euskararen arteko harremanei buruz, bai euskaraz, bai erdaraz. Horrela, Andres Urutiak aldizkariaren bigarren zenbakian Nazario de Oleagari buruzko artikulua bat argitaratu zuen (*Nazario de Oleaga. 1884-1961. Bilboko Gotzaitegiaren itzultzaile juridikoa*) eta laugarren zenbakian beste bat, Jean Etcheverry-Aintchart baigorriarraren gainean (*Jean Etcheverry-Aintchart, 1914-2003, notario euskalduna*); bosgarrenean, berriz, Sabino Aranaren lana foru zuzenbide zibilaren inguruan Bizkaiko Diputazioan izan zuen hizpide (*Bizkaiko foru-zuzenbide zibila eta Sabino Arana ahaliduna*); nik neuk ere, hirugarren zenbakirako Bizkaiko Batzar Nagusietako historian euskarak izan duen lekuaz artikulua bat aurkeztu nuen, erdaraz, ikerketa-liburu baten argitalpenaren kariaz (artikuluaren izenburua: *Presencia histórica del euskera en las Juntas Generales de Bizkaia*; liburuaren datuak: *Bizkaiko Batzar Nagusiak eta euskera: 1833-1877. Euskarazko testuen bilduma eta azterketa*. Bizkaiko Batzar Nagusiak, Bilbo, 2003, 383 orrialde).

Akademiaren Aldizkari honen euskarazko ale baten esperoan, oraingoan ere euskarak eta zuzenbideak sortutako



Argazkian, Mikel Arrutza (eskuinean) eta Nazario Oleaga euskaltzaina; biak gerra aurreko eta osteko euskalgintzan sendo aritu ziren.

bikoteari buruz arituko gara. Aipatutako bi osagai horien batasuna, topikoak dioenez, ez da batere emankorra izan. Hala ere, oraindik ere kontu asko eta asko ikertu gabe daudelakoan gaude eta horren adibide garbia da esku artean darabilgun gai ezezaguna: hogeigarren mende hasieran, hain zuzen, hogeiko hamarkadaren inguruan, Bizkaiko eta Gipuzkoako Aldundiek euskarazko testugintza administratiboa bultzatu zuten, eta lan horren protagonista bat Mikel Arrutza bilbotarra izan zen.

2. ARRUTZARI BURUZKO ZERTZELADAK

Mikel Arrutza (Emeterio Miguel de Arruza y Eguía), *Arrugain* ezizenez ere ezagutua (erabilitako beste goitizen batzuk: *Urratza*, *Garbi Zale Zarra...*), Bilbon jaio zen, 1890eko martxoaren 3an. Hil, berriz, Iruñean hil zen, 1966ko urriaren 19an.

Gazte-gaztetatik hasi zen aldizkari eta egunkari askotan idazten, besteak beste, hurrengoetan: *Aberri*, *Euzkadi*, *Euzko Deya*, *Eguna*, *Zeruko Argia*, *La Gaceta del Norte*, *Karmel*, *El Bidasoa*, *Jesusen Biotzaren Deia*, *Olerti*, *Euzko Gogoa*, *Egan...* Olerki lanen berri

zehatza Julen Urkizaren *Euskal bertso eta olerkien bibliografia* liburu mardulean aurkituko du irakurleak; bertan, 48 olerki zerrendatzen dira. Hiltzean, olerki batzuk argitaratu gabe ere utzi zituen.

Argitaratutako liburuei dagokienez, hasteko, literatur itzulpen bat aipatu behar dugu, Truebaren *El Judas de la Casa* izeneko ipuinaren itzulpena, hain zuzen:

- Trueba, Antonio de: *Etxe-kalte*. Verdes-Atxirika'ren Irargua, Bilbo, 1934 (bestelako datuak, azalean: *marrazki-egilea Beaskoetxea'tar Arseni*; *euskaratzeilea Arrutza'tar Mikel, Arrugain*; liburuak 89 orrialde ditu).

Idazteaz gain, Arrutzak euskara irakatsi zuen. Izan ere, Arrutzak euskarazko eskolak eman zituen Bilbon eta, horrez gain, zenbait liburu asmatu zituen gure hizkuntzaren irakaspena zabaldu eta errazteko. Hona hemen helburu horrekin kaleratu zituen argitalpenak:

- *Método Massé-Dixón. Traducido y adaptado al euskera por Arrugain. Lenengo idaztia. Libro primero*. Bilbao, 1923.

- *Método práctico para aprender vascuence. Primer libro. Primera edición*. Gaubeka, Bermeo, 1925. Kanpoko azalean esaten da: *Por Miguel de Arrutza. Profesor de las escuelas municipales de Bilbao*. Eta barrukoan: *Traducido de otros idiomas y adaptado al nuestro*.

- *Euskeraz ikasteko bide erraza. 2. agerraldia*. Verdes-Atxirika'ren Irargua, Bilbo, 1934.

Gerra ostean ere, euskarazko irakaskuntzari loturik jarraitu zuen, eta beste egile batzuekin batera (Lino Akesolo eta Antonio Arranbide), beste lan hau atera zuen:

- *Jo! Euskaraz nola ikasi. Cómo aprender vascuence*. Bruño Idaztiak, Bilbo.

Azkenik, Arrutzak euskararen aldeko ekimenetan parte

hartu zuen, modu nabarmenean, Francoren garaiko sasoi ilunetan. Horri buruzko informazioa Satrustegiren *Euskaltzaindiaren Laguntzaileak (1959-1963)* izeneko artikuluan aurki daiteke (*Euskera*, I, 1992, 557-571. or.). Lan



Irudian, Mikel Arrutzak euskaraz ikasteko argitaratu zituen eskuliburuetako baten azala, 1934. urtekoa.

horien adibide bat aipatzearren, Arrutzaren *Bilboko euskaltzaleen agurra* testua kontsulta daiteke (*Euskera*, V, 1960, 171-177 or.); bertan, hiru proposamen luzatzen ditu euskarak aurrera egin dezan: eskoletan euskarari sarbidea ematea, egunkarietan euskarazko testuak sartzea, eta irratietan ere euskarari tartetxo bat ematea. Euskarazko eskolak ematen ere jarraitu zuen.

Beraz, Arrutzak lan asko eta asko egin zuen euskararen inguruan. Lan horietako batzuk aski ezagunak edo, behintzat, agerikoak. Artikulu honetan, berriz, Bizkaiko Aldundiko itzultzaile modura izan zuen ibilbide malkartsua aipatuko dugu.

3. EUSKARAREN ALDEKO NEURRIAK BIZKAIKO ALDUNDIAN (1917-1919)

Aurretik jeltzaleek Bizkaiko erakunde nagusian ordezkaririk lortu bazituzten ere, 1917. urtean erabateko nagusitasuna eskuratu zuten Bizkaiko Aldundian. Horren ondorioz, 1917an Ramon de la Sota Aldundiko lehendakari hautatu zuten.

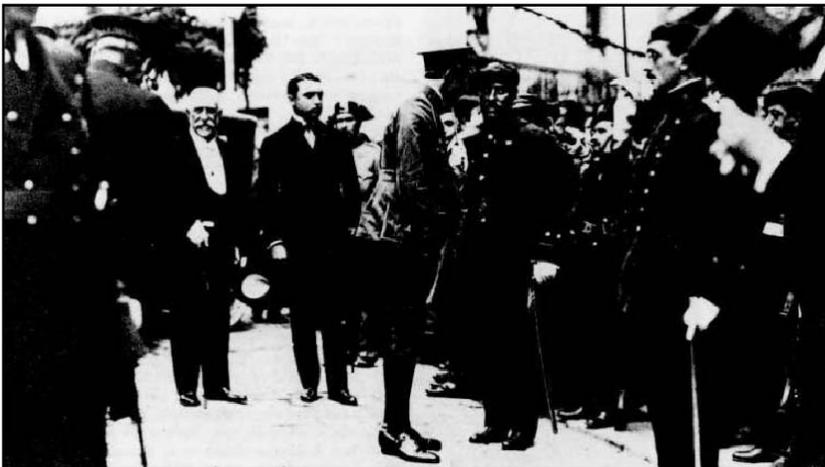
Bizkaiko Aldundiaren buruzagitza eskuratzean, Ramon de la Sotak agintari abertzaleen norabideak zerrendatu zituen: “Dividiremos por eso nuestra actuación futura en tres grandes grupos: obras puramente educativas; obras que tienden al acrecentamiento de la riqueza, y obras económicas. Entre las primeras, las educativas, hay ancho campo para nuestras iniciativas. Hay en el País vasco un movimiento que cuenta con las simpatías de todos los vascos. Me refiero a la labor que ciertos eruditos realizan para conservar y propagar el euskera. Nosotros, desde esta Corporación, debemos ayudar y ayudaremos dicho movimiento con todos los medios morales y materiales que estén a nuestro alcance.”

Orduko, bazen zabaldua eta hasia euskal gizartean giro euskaltzale oparoa. Horren ildotik, aipagarri dira Eusko Ikaskuntzaren Lehen Kongresua (Oñati, 1918) edota Euskaltzaindiaren sorrera (1919).

Bizkaiko Aldundiaren lanari dagokionez, euskararen aldeko neurri ugari eman ziren:

- irakaskuntzan, auzo eskolak eta euskarazko erabilera bultzatu ziren
- langileen alorrean, euskaraz jakitea eskatu zen lanpostu askotan

- administrazio barruan euskararen erabilera bultzatu zen, eta hori dela-eta, testuen bertsio elebidunak prestatzen hasi ziren (ikus, argibide gehiago izateko, artikulua hau: Cesar Gallastegi, Gotzon Lobera eta Andres Urrutia: "Euskarazko testugintza juridiko-administratiborako osagaiak: Bizkaiko eta Gipuzkoako Foru Aldundien zirkularrak", in *Karmel*, 228. zk., 199, 3-19 or.). Zeregin horietarako euskarazko itzultzaileak beharrezkoak omen, eta euskarazko itzultzaileen lehen izendapenak etorri ziren: lehenengoa, Luis Biziola, bigarrena, Mikel Arrutzarena.



Eusko Ikaskuntzaren lehen kongresuko argazkia (Oñati, 1918); irudian Espainiako Erregea, Alfontso XIII.a, agertzen da, eta, atzerago, Ramon de la Sota, Bizkaiko Aldundiko lehen-dakari euskaltzalea.

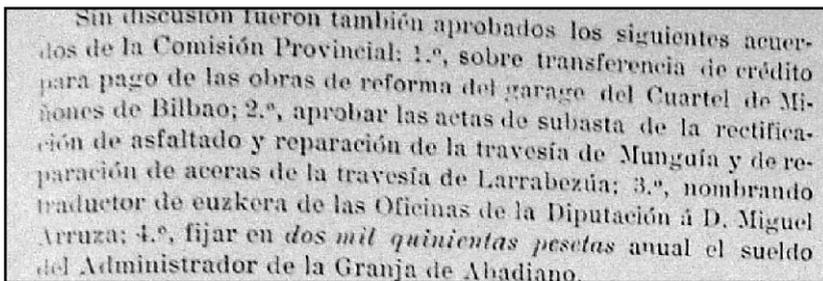
4. ARRUTZA, ALDUNDIKO ITZULTZAILE

Hurrengo lerroetan, Arrutzaren gorabeherak aipatuko ditugu, itzultzaile lanpostuari dagokionez. Artikulu honen hasieran

aurreratu dugunez, Arrutzak ibilbide malkartsua izan zuen Aldundian; izan ere, itzultzaile kargua desagertu egin zen eta gure protagonistak administrazioarekin borrokatu behar izan zuen bere eskubideak babesteko.

a) 1919: itzultzaile izendapena

Aurretik aipatu dugun giro euskaltzalearen barruan egin zen itzultzaile berriaren izendapena. Horrela, Arrutza 1919ko uztailaren 29an Bizkaiko Aldundiko itzultzaile izendatu zuten (aurretik Probintzia Batzordeak hartuta zuen erabakia berretsiz). Soldata 3.000 pezetakoa izan zen. Urte bereko abuztuaren 21ean karguaz jabetu zen.



Sin discusión fueron también aprobados los siguientes acuerdos de la Comisión Provincial: 1.º, sobre transferencia de crédito para pago de las obras de reforma del garage del Cuartel de Misiones de Bilbao; 2.º, aprobar las actas de subasta de la rectificación de asfaltado y reparación de la travesía de Munguía y de reparación de aceras de la travesía de Larrabezúa; 3.º, nombrando traductor de euzkera de las Oficinas de la Diputación a D. Miguel Arrutza; 4.º, fijar en *dos mil quinientas pesetas* anual el sueldo del Administrador de la Granja de Abadiano.

Bizkaiko Aldundiaren osoko bilkuraren akta; bilkura 1919ko uztailaren 29koa da: Probintzia Batzordearen erabakia berresten dute (Bizkaiko Probintziaren Aldizkari Ofiziala, 1921ko ekainaren 16koa)

b) 1923: lanpostua desagertu

Bizkaiko Aldundiak 1923ko abuztuaren 29an lanpostua desagerrarazi zuen, hau da, euskarazko itzultzaile lanpostua kentzeko erabakia hartu zuen. Ezabaketaren aldeko botoak: Villafranco del Castillo markesa, Hurtado de Saracho, Carranza, Astigarraga, Basterra, Alzaga, Larrea (Alejandro), Hormaza, Marco Gardoqui, Zubiria eta Urien (Diputazioko lehendakaria); itzultzailea mantentzearen aldekoak: Sota, Urrutia, Larrea (Luis Maria) eta Orbe. Kontuan izan behar da 1919an jeltzaleek nagusitasuna galdu zutela Bizkaiko Aldundian. Gainera, Primo de Riveraren diktadura gainean zegoen (irailean hasi zen).

Luis María y Orbe.
 Igualmente se suprime la consignación del traductor de euzkera por *once* votos de los Sres. Marqués de Villafranca del Castillo, Hurtado de Saracho, Carranza, Astigárraga, Basterra, Alzaga, Larrea (D. Alejandro), Hormaza, Marco Gardoqui, Zubiria y el Presidente Sr. Urien, contra *cuatro* de los Sres. Sota, Urrutia, Larrea (D. Luis María) y Orbe. Se acordó tenerle en cuenta para colocarle como temporero durante un plazo prudencial hasta que pueda proporcionarse un medio de vida. Se aprueban las restantes partidas.

Bizkaiko Aldundiaren osoko bilkuraren akta; bilkura 1923ko abenduaren 28koa da; euskarazko itzultzailearen lanpostua kentzen dute (Bizkaiko Probintziaren Aldizkari Ofiziala, 1921ko ekainaren 16koa)

c) 1924: Arrutzaren errekurtsioak

Arrutzak 1924. urtearen hasieran idazki bi bidali zizkion Aldundiari, bata urtarrilean, bestea martxoan, bere lan eskubideak babesteko.

Hain zuzen ere, Diputazioaren 1921eko martxoaren 2ko erabakiaren arabera, langileak ezin ziren lanpostutik kendu baldintza batzuk bete gabe, eta kanpoan gelditzen zirenek, batetik, ordu arteko soldata jasotzen jarraitzeko eta, bestetik, beste lanpostu bat eskuratzeko eskubidea zuten. Itzultzaile arduratik kendu eta gero, Arrutzak aldi baterako behargin modura lan egin zuen Diputazioarentzat eta soldata baxuagoa jaso zuen. Diputazioak bi idazkiei ez zien erantzunik eman, eta Arrutzak justizia administrazioa jo zuen urte horretan bertan.

d) 1924-1926: Justizia Administrazioaren epaiak

Esan bezala, Arrutzak epaitegietara jo zuen hurrengo eskatzeko: Aldundiaren erabakia (1923ko abenduaren 29koa) bertan behera uzteko edo, gutxienez, orduko soldata jasotzeko (aldi baterako langile moduan Diputazioak gutxiago ordaintzen zion). Lehenengo epaia 1923ko urrian heldu zen eta Arrutzaren kontra izan zen, auzitegiaren eskumen-gabezia oinarri hartuta.

Arrutzak Madrilen epai horren kontrako apelazio errekurtsua jarri zuen, eta 1926ko urtarrilaren 20an aldeko epaia lortu zuen; arazoa probintzia mailako auzitegiak bigarrenaz epaitu zuen (1926ko martxoaren 16an) eta aldeko erabakia eman: 1923ko ebazpena bertan behera geratu zen eta eskatutako guztia aitortu zitzaion.

Hala ere, fiskalak epaia errekurritu zuen eta arazoa berriro ere Madrilerara igaro zen.

d) 1927: Auzitegi Gorenaren azken epaia

Esan bezala, probintzia mailako auzitegiak emandako epaiaren kontra apelazio errekurtsua jarri zuen fiskalak. Helegitearen ondorioz, auzia Madrilgo Auzitegi Gorenaren eskuetan geratu zen. Auzitegi Gorenak, hain zuzen, Administrazioarekiko Auzietarako Salak 1927ko apirilaren 22an epaia eman zuen, fiskalaren errekurtsuaren ondorioz.

Epaitzan esaten denez: “Fallamos que debemos confirmar y confirmamos la referida sentencia apelada, que el Tribunal provincial de Vizcaya dictó en 16 de Marzo de 1926, con la aclaración de que el derecho que se reconoce al interesado es el de excedencia, y a ocupar, cuando vaquen, cargos iguales o análogos, al que desempeñaba; y devuélvanse las actuaciones y expediente gubernativo, con el oportuno despacho a dicho Tribunal, para su ejecución y cumplimiento.”

Beraz, fiskalak ez zuen lortu Arrutzaren egoera gaizkitzea eta beste lanpostu bat eskuratzeko eskubidea aitortu zitzaion bilbotarrari. Hori dela eta, 1928. urtean, Ebaristo Bustintza *Kirikiñok* erretiroa hartu zuenean, euskarazko katedraren lanpostua lortzen saiatu zen Arrutza. Ondoren, Aldundiak ordezko irakasle izendatu zuen urte horretan bertan, eta zergintza horretan aritu zen hurrengo urteetan. Azkenik, gerra bukatu eta gero, 1937. urtean, Diputazioak arrazoi politikoengatik kargua utzarazi zion.

Nº 1690

Tribunal Supremo

Sala de lo Contencioso - Administrativo

Sentencia

Nº 289

Señores:

Don Carlos Jordano	Presidente	En la Villa y Corte de Madrid a veintidós de Abril de mil novecientos veintisiete,
„ Antonio María de Mena		
„ José Martínez Marín		
„ Manuel Fernández Solís		
„ Leopoldo López Infantes		

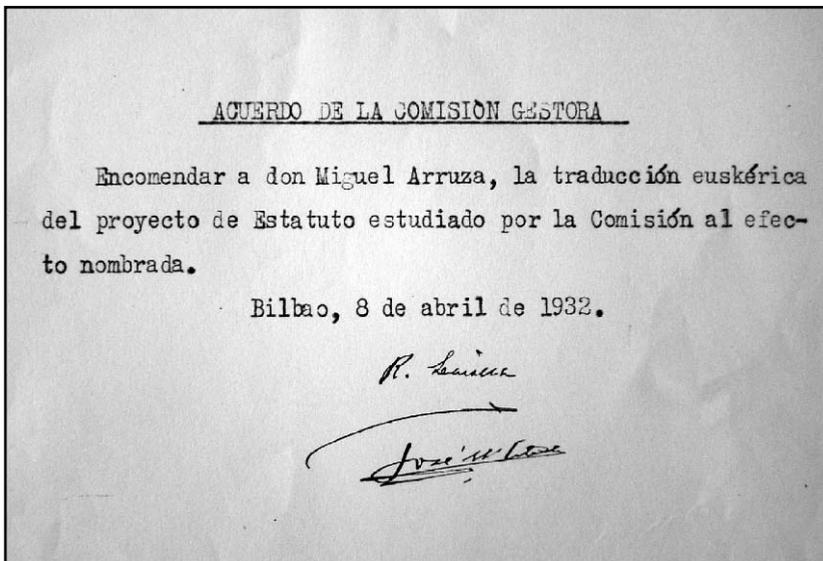
en el pleito que ante Nos pende, en grado de apelación, entre Don Inácherio Miguel de Arce y Agüía, como apelado, que no se ha personado ante esta Sala, y la Administración general del Estado, apelante, y en su nombre el Fiscal, sobre confirmación o revocación de la sentencia dic-

Argazkian, Auzitegi Gorenak 1927ko apirilaren 22an emandako epaiaren azala.

4. POST DATA: AUTONOMIA ESTATUTUAREN EGITASMOAREN ITZULPENA (1932)

Lehen esan dugun moduan, abertzaleak 1919an Aldunditik bota ondoren, euskararen erabilpena eremu juridikoan baztertuta geratu zen. Hala ere, II. Errepublikarekin, berriz ere, euskara garatzeko aukera berriak sortu ziren.

Bizkaiko Aldundia kudeatzen zuen erakundeak, *Comisión Gestora* delakoak, 1932ko apirilaren 8an, estatutuaren egitasmoaren testua euskaratzea erabaki zuen. Lan horren ardura Arrutzari eman zioten. Urte horretan bertan hurrengo hau argitaratu zen *Proyecto de estatuto del País Vasco-Navarro: aprobado por las comisiones gestoras de las Diputaciones de Alava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya / Araba, Gipuzkoa, Nafarroa eta Bizkai'ko Aldundien bein-beiñeko ordezkariak ontzat arturiko Euskalerrarentzako sortaru-asmoa*, Bizkaiko Aldundiaren irarkolan.



Irudian, Bizkaiko Aldundiaren Batzorde Kudeatzaileak Arrutzari emandako enkargua (Bizkaiko Foru Agiritegia: Regimen Económico-Administrativo, Estatuto Vasco, J-2.481).

Laburbilduz, artikulu honen bidez, Mikel Arrutza idazle eta euskaltzalearen alde ezezagun bat argitu nahi izan dugu. Gainera, euskararen eta herri erakundeen arteko historiarako datu berriak eskaini ditugu.

Cesar Gallastegi

DERECHO PUBLICO DE LOS TERRITORIOS FORALES

No puedo ni imaginarme la cantidad de horas de trabajo, de reflexiones solitarias, de libros y documentos consultados para llegar a escribir este libro que no es una novela para leer en la playa, pero que ningún estudio serio que se haga en el futuro sobre nuestras instituciones históricas podrá dejar de manejar y consultar.

Es un auténtico monumento jurídico, obra de una paciencia vasca nada desdeñable. Algunas obras de paciencia no pasan de ser mamotretos que casi nadie puede manejar mientras éste es un estudio profundo y bien ordenado de todas las instituciones vascas que puede satisfacer a cualquiera que necesite una orientación, un dato, una fecha o un juicio razonable. Es como el Digesto de las Instituciones Públicas vascas. Un texto rico y variado que contesta a muchas preguntas, a todas las que se formulen razonablemente.

Para un veterano es una alegría encontrarse con esta joya, una obra tan acabada sobre las instituciones vascas. Hubo un tiempo en que me sentía bastante sólo al enfrentarme con ellas, y hasta temí que nuestro Derecho foral podía quedar enterrado y olvidado; ¡Qué sensación de vida cuando veo que la noche oscura ha pasado y que un nutrido grupo de hombres jóvenes e inteligentes ha tomado con ventaja el relevo! Espero que no se molestará

el amigo Larrazabal si aprovecho la oportunidad para mostrar mi admirada gratitud al importante grupo de estudiosos que ha puesto su atención en nuestros usos y costumbres.

El caso de Santiago Larrazabal es ejemplar. Es un hombre sencillo y muy inteligente, tiene una pluma suelta y un estilo muy claro, y ha hecho concienzudos estudios. Podía haber elegido una obra dirigida al gran público y quizá le hubiera resultado fácil, pero ha preferido entrar de lleno a cubrir un gran vacío en nuestra literatura jurídica. Con frecuencia hablamos de nuestros Fueros, de nuestras Juntas, de las garantías forales y, a menudo no sabemos lo que exactamente queremos decir. De aquí en adelante les aconsejo que busquen respuestas en este tesoro que nos abre un camino e incluso un método para hallar la pista que aclare nuestras ideas. Al leerlo he comprobado el gran número de mis ignorancias.

Como declara en el prólogo, Larrazabal ya había iniciado el tema de este trabajo con su estudio sobre las instituciones públicas de Bizkaia, y antes con su teoría de los derechos históricos vascos. En el nuevo libro hace un estudio más extenso y más exhaustivo. No contento con las instituciones de Bizkaia, Gipuzkoa y Alava, se ocupa ahora de Navarra y de todos los pueblos vascos de Iparralde.

En este lugar no puedo penetrar en el texto sino de una forma muy superficial. Ya conocíamos su anterior trabajo sobre Bizkaia, que supongo que es el que más a gusto ha escrito, porque tanto él como yo somos unos entusiastas del régimen foral vizcaino.

Ahora se ha introducido también en las instituciones de Alava y Guipuzcoa, que son las más parecidas a las nuestras y por eso mismo algo más conocidas; pero luego se ocupa con detalle de las Asambleas que en los territorios vascongados hermanos, y también en Labourd, se asemejan mucho a nuestras Juntas generales, mientras en Navarra y los territorios de Benabarre y Soule o Zuberoa son órganos estamentales con presencia de la nobleza y el clero. Larrazabal los describe minuciosamente, nos da cuenta

de su organización interna, de la periodicidad de sus sesiones, de los distintos órganos que las gobiernan, etc

Por supuesto que ha tratado de buscar las analogías entre Bizkaia, y otros países hermanos. ¡Sería tan hermoso encontrar un compendio de instituciones de toda Euskalerría! Pero es difícil pasar de unas semejanzas muy generales y Larrazabal nos lleva a pensar que el régimen foral de los territorios vascos, con sus diversas variedades, es en el fondo un sistema de libertades, de gobierno propio y de vigencia de unos derechos humanos básicos.

Al final, tengo la impresión de que a través de todas estas páginas se relata en el fondo un drama, casi una tragedia, el drama de nuestra historia foral. El sistema foral se fue elaborando trabajosamente en la Edad Media, llegó a su apogeo en los siglos XV y XVI, en los que Bizkaia tuvo la dicha de ver escritos sus Fueros de 1452 y 1526 y, al final, va declinando lentamente hasta que agoniza entre nosotros y podríamos decir que en Iparralde es asesinado.

Nuestros Fueros muestran la fuerza de la razón, pero es la fuerza bruta la que les acecha, les ataca y les aniquila. Una fuerza que primero fue la Monarquía absoluta, tanto entre nosotros y quizá más en los territorios vascos de Iparralde, donde sufrió los duros ataques de la Monarquía más absolutista de la Europa occidental, para llegar más tarde a la Revolución, también unitaria y absolutista que termina con las instituciones vascas en una sola jornada, en aquella Asamblea de 4 de agosto de 1789.

El último capítulo del libro de Larrazabal nos hace asistir al fin de la foralidad en los territorios de Iparralde tras la convocatoria que hizo Luis XVI a los Estados Generales. Por un lado vemos a Navarra defender el régimen foral exigiendo al rey la jura de los Fueros y quedando, al fin, sin representación en la histórica Asamblea. Por otro, Labourd se sorprende de que se le pidan representantes de la nobleza y el clero que nunca han formado parte del Biltzar y designa diputados con un mandato imperativo que nadie reconocerá.

El sistema foral, con un lenguaje antiguo, reclama el lema de la Unión europea “unidad en la diversidad”, que nos permite estar unidos siendo diferentes. Como decía un foralista, la unidad es la vida pero la uniformidad es la muerte.

La Revolución lo borró todo. Me gusta recordar a Maite Lafourcade que me contaba en 1966 que los profesores franceses le estaban conduciendo en el estudio de las instituciones de Labourd a dos únicos sistemas, el del Derecho de costumbres, más germanizado al Norte de Francia y el de los territorios de Derecho escrito, más romanizado al Sur. Mi tesis le demostraba que hay otros sistemas en los que Labourd puede encontrar más semejanza. Me admiran las costumbres de Labourd, y no he podido pasar ante el edificio del Biltzar en Ustaritz sin sentir una emoción comparable a la que siento ante el árbol de Guernica.

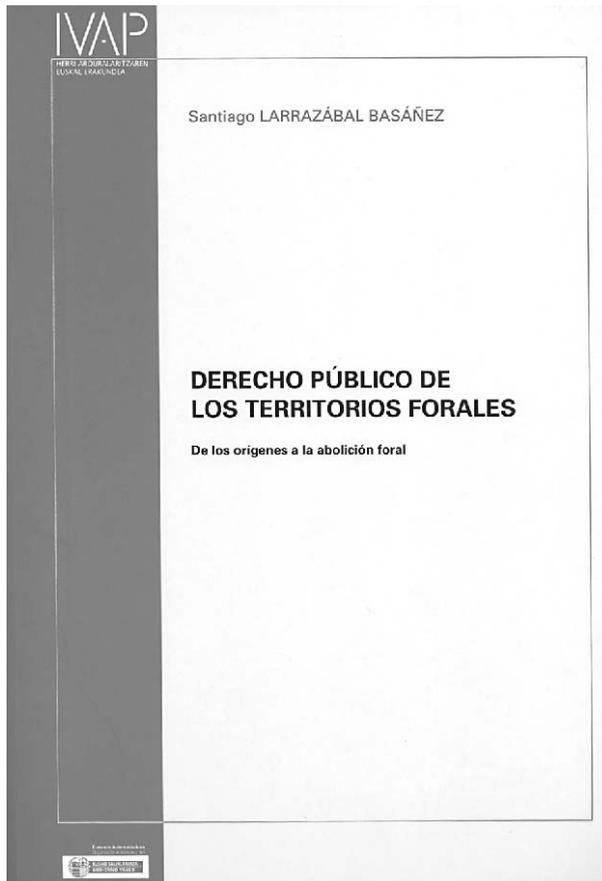
Leyendo a Larrazabal he encontrado algunas diferencias más profundas entre las distintas tierras vascas, especialmente con las que en lugar de mantener unas Juntas como las nuestras o como el Biltzar de Labourd mantienen Asambleas estamentales, como ocurre en Navarra o Benabarre y también en Soule. Las Cortes estamentales fueron comunes en Europa pero en realidad sirvieron a la Monarquía, la nobleza y el alto clero. Si Bizkaia hubiera tenido unas Juntas estamentales difícilmente hubiera tenido Fueros.

También he de decir, que este libro me está forzando a sacar al exterior una idea muy íntima que nunca me he atrevido a exponer. Tengo la convicción de que los Fueros, el régimen foral, no tiene sino una razón de ser, que es la convicción del pueblo vasco, de todos los pueblos vascos, de que el Señor o el Rey no puede tener un poder sin límites, que tiene que someterse a unas leyes que entre nosotros se ofrecen con el nombre de Fueros y en Labourd o Soule son simplemente “coutumes”.

Por encima del Señor está el Fuero, una ley que obliga y se impone a los ciudadanos y al propio rey y ¿no es este el principio básico del régimen constitucional? Por eso pienso que los Fueros

son nuestra Constitución histórica en un tiempo en que la palabra democracia no tenía aún sentido.

Buena parte del éxito de los Fueros vizcainos nace de dos factores: no haber tenido una nobleza poderosa e institucionalizada, pues incluso en tiempos modernos se prohibió tomar títulos de nobleza en Bizkaia; y también de aquella costumbre escondida entre las páginas del Fuero de 1452 que prohibía que el Obispo entre en Bizkaia. Esto nos parece hoy sumamente extraño, sobre todo a los católicos, pero estos Fueros impidieron que en Bizkaia se superpusiese al poder civil un poder eclesiástico con su propia jurisdicción como ocurría en casi todo el mundo occidental.



En el corazón de la obra de Larrazabal, los capítulos II y III son quizá los más trascendentales. En ellos, con un gran aparato de documentación y un análisis muy concienzudo de los datos, Larrazabal expresa sus convicciones más íntimas acerca de las instituciones vascas.

El primer tema que en estos dos capítulos aborda Larrazabal es la teoría del pacto foral, que ha sido la base de las reivindicaciones de muchos foralistas. La convicción pactista en Larrazabal va más allá del simple pacto y se adivina que hay en los Fueros mucho más. “No se trata, dice en la página 166, de algo que solo se enuncia de vez en cuando, sino que es algo que se interioriza y que se siente como inherente a nuestro modo de ser o nuestra esencia. Por eso va más allá del mero mito y se ha convertido en un elemento capital de la foralidad”

La hidalguía universal es también objeto de detenido estudio por Santiago Larrazabal. Si las normas generales del Fuero caminan hacia la libertad, la hidalguía tiende hacia la igualdad civil. Libertad e igualdad que son la base de la democracia moderna.

Dice Larrazabal para puntualizar mejor el sentido de la hidalguía que no deberíamos minusvalorar de ningún modo el hecho de la existencia de la igualdad jurídica de todos los habitantes del País por mucho que no se viera correspondida con una auténtica igualdad económica, porque ello mismo resulta pionero. Si abrimos los ojos podemos ver que en la actual Europa igualitaria, las diferencias económicas y sociales son inmensamente mayores que las de nuestra época foral.

En cuanto a los derechos humanos que, aunque no se formulan con el lenguaje de la Declaración de 1789 tratan de asomarse en nuestras leyes forales, Larrazabal considera Bizkaia como “un caso paradigmático” (pág. 168). Es un tema sobre el que yo mismo he escrito quizá más de lo que debiera y ¿cómo no voy a estar de acuerdo con Larrazabal si él está de acuerdo conmigo? En este libro se muestra la fuerza y la entereza con la que nuestros antepasados dictaron sus normas contra la tortura, con-

tra la detención arbitraria, etc, creando un sistema de garantías que hoy nos asombra. Creo que esta cuestión debería ser analizada con más atención por nuestros penalistas.

Siguiendo el itinerario de Larrazabal me toca ahora hablar de un tema en el que nunca he tenido ideas claras, y es la Administración de Justicia en los territorios forales. Siempre me ha parecido que la organización de la Administración de Justicia en tiempos forales era algo caótico; ahora, podemos acudir a Larrazabal para que nos saque de dudas, porque define de forma detallada las características generales del sistema y luego desciende a describir los diversos tribunales existentes en cada territorio y en cada lugar, los jueces, oficiales o funcionarios que los sirven, las diversas instancias en cada caso, cuestión bien embrollada, y los distintos procedimientos judiciales.

El capítulo tercero sigue hablando extensamente del sistema militar, de la Hacienda, de la libertad de comercio tan importante en nuestra economía y del pase foral o derecho de sobrecarta, esencial en nuestras instituciones, sobre todo en Bizkaia donde es la garantía de la foralidad.

Pero estoy rebasando los límites que para un comentario como éste pueden ser considerarse discretos y pienso que, aunque para entender bien el libro hay que profundizar en él, he apuntado algunas ideas básicas que suscitarán la atención de todos aquellos que aman a su pueblo y tienen interés en conocer sus instituciones.

Estamos de enhorabuena cuántos nos interesamos por conocer nuestra historia, una condición esencial para conocernos a nosotros mismos.

Adrián Celaya

ACTAS DE LAS SESIONES CELEBRADAS POR LA COMISIÓN ESPECIAL DE CODIFICACIÓN DE VIZCAYA (1899-1900)

Clásicos de Derecho Vasco / Euskal zuzenbidearen klasikoa,²
Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademia
Introducción y edición / Sarrera eta argitalpenaren ardura: Andres Urrutia
ISBN: 84-7752-393-2
304 pág. / or. Bilbao / Bilbo, 2004

1.- SUMARIO / AURKIBIDEA

Presentación del Presidente de la Academia, D. Adrián Celaya Ibarra / Adrian Celaya Ibarra jauna, Akademiako lehendakariaren aurkezpena.— Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya: I. Introducción general; II. La Comisión Especial de Codificación de Vizcaya: II.1. Los antecedentes, II.2. La organización de la Comisión, II.3. Los miembros de la Comisión, II.4. El funcionamiento de la Comisión; III. El Proyecto de Apéndice de 1900: III.1. Los objetivos y los resultados, III.2. La dualidad legislativa, III.3. La troncalidad, III.4. La testamentación, III.5. La sucesión testada e intestada, III.6. Las reservas here-

ditarias, III.7. La comunicación foral, III.8. Plantaciones, sepulturas y prescripción, III.9. Ayala y Álava; IV. El Proyecto de Apéndice de 1900: vicisitudes posteriores.— Edición facsímil— Índice.

Las Actas de la Comisión de Codificación Civil de Vizcaya y Álava de los años 1899–1900 constituyen un documento fundamental para conocer la evolución del derecho civil foral vasco en una etapa crucial de su historia, cuando la publicación del Código Civil español (1888–1889) marcaba el rumbo de una unificación legislativa que contemplaba los derechos civiles territoriales como apéndices del Código Civil único.

De hecho, las actas de sus reuniones que ahora se publican son un testimonio precioso del estado de la cuestión hace un siglo. Las discusiones doctrinales, los distintos puntos de vista, resultan vivificantes para el jurista actual, desconocedor en muchos casos de esas realidades, que piensa —no sé si equivocada o acertadamente— en el derecho civil foral vasco como un derecho sin historia ni doctrina, sin sustento conceptual que lo avale.

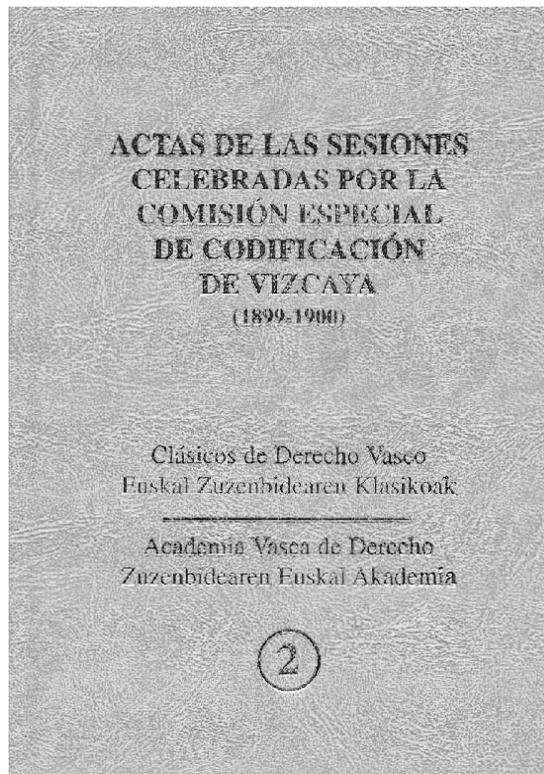
Así las cosas, la escasez de ejemplares y su carácter de instrumento básico han sido determinantes para incluirlo en la colección de *Clásicos del Derecho Vasco*, que la Academia Vasca del Derecho/ Zuzenbidearen Euskal Akademia propone para recuperar en edición facsímil las obras más importantes de la tradición jurídica civil vasca. Como es habitual en dicha colección, la reproducción en facsímil va precedida de un estudio introductorio realizado por un miembro de la Academia, en este caso, su vicepresidente, Andres Urrutia.

De hecho, estas Actas continúan siendo un precedente valioso e incuestionable para el jurista vasco, en un momento en que se han recuperado, al menos en parte, las posibilidades de creación y aplicación de este derecho por sus propios protagonistas y destinatarios

Bizkaia eta Arabako Kodegintza Zibilaren Batzordeak
1899.etik 1900.era bitartean egindako aktak oinarrizko agiriak

dira, euskal foru-zuzenbide zibilaren bilakaera zein izan den jakiteko. Izan ere, sasoi hori erabakigarria izan zen foru-zuzenbidearen historian, Espainiako Kode Zibilaren argitalpenak (1888–1889) legegintza-batasunaren bidetara ekin baitzion, lurraldeetako zuzenbide zibilak kode zibil bakarraren eranskin gisa hartuz.

Batzorde horren bileretako aktek, orain argitaratzen diren horiek, lekukotza ezin hobea ematen dute, duela mende bat forugatatzak zuen egoerari buruz. Egungo legelariarentzat doktrinaren eztabaidak eta ikuspuntu desberdinak oso erakargarriak izan daitezke, egungo legelari horrek, sarri askotan, ez baititu errealitate horiek ezagutzen. Maiz uste du horrek —zuzen edo okerretara, ez dakit— euskal foru-zuzenbide zibila historiarik eta doktrinarik gabeko zuzenbidea dela, zuzenbide horrek ez duela oinarri kontzeptualik.



Kontuak horrela, banatutako aleak urri geratzea eta akta horiek ezinbesteko lanabesak izatea arrazoi erabakigarriak izan dira, aktok *Clásicos del Derecho Vasco / Euskal zuzenbidearen klasikoak* izeneko bilduman sartzeko. Academia Vasca del Derecho/ Zuzenbidearen Euskal Akademia delakoak bilduma horrekin berreskuratu nahi ditu, faksimile erara, euskal tradizio juridiko-zibilaren lanik garrantzitsuenak. Bilduma horretan ohikoa den bezala, faksimile erako argitalpenaren hasieran, Akademiaren kide batek sarrerako ikerketa egiten du; kasu honetan, lehendakariordeak, Andres Urrutiak, bete du zeregin hori.

Egin-eginean ere, akta hauek aurrekari baliotsu eta zalantzaezinak dira euskal legelariarentzat, batez ere, gaur egun, zuzenbide horren protagonistek eta jasotzaileek berreskuratu egin dituztelako, zati batez behintzat, hura sortu eta aplikatzeko aukerak.

Andres Urrutia

SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DE EUSKADI CASOS DEL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2004

1.- ABRIL

1.1 SUBROGACIÓN DE FINCA EN HIPOTECA

Se consulta al registrador sobre la posibilidad de sustituir la finca dada en garantía por otra, de modo que se cancele la hipoteca en la finca primitiva y pase a gravar a la nueva finca.

Una resolución de la DGRN de 20 de octubre de 1998 se pronuncia por la negativa pero sobre la base de entender que no es posible conservar el mismo derecho real de hipoteca con su rango con la mera sustitución del objeto.

Señala la resolución que a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito, en los que la novación modificativa es la regla general, en los derechos reales la sustitución del objeto implicará, por el contrario, el nacimiento de un nuevo derecho con extinción del antiguo.

Sin embargo, la resolución no cuestiona la posibilidad de sustituir la garantía hipotecaria de una obligación de suerte que se

extinga y cancele la hipoteca constituida en su momento y en su lugar se constituya, simultánea o posteriormente, otra nueva sobre una finca diferente.

En el presente caso, al modificar la primitiva hipoteca lo que se pretende es la cancelación de la que grava determinada finca y su sustitución por la hipoteca sobre un nuevo inmueble que se constituye también de nuevo, sin que se plantee cuestión sobre el rango, ya que la nueva hipoteca lo tendrá desde el momento de su constitución por la inscripción del documento en el folio de la nueva finca dada en garantía.

Por tanto, no se ve obstáculo para la inscripción del de la operación consultada, que implicará la cancelación de la hipoteca sobre la primera finca y la constitución de una nueva sobre otra.

1.2 EXCESO DE CABIDA EN FINCA DE RESULTADO

Se trata de una finca de resultado adjudicada en una reparcelación inscrita en el año 2003. Ahora se vende y se declara un exceso de cabida del nueve por ciento de la superficie inscrita, que se pretende hacer constar en el Registro de la propiedad al amparo del art. 298 RH, mediante la aportación del recibo catastral y alegando que la superficie anterior se había consignado erróneamente.

La posibilidad de inscribir rectificaciones de superficie y excesos de cabida se halla condicionada a que el registrador no tenga dudas fundadas sobre la identidad de la finca. A modo de ejemplo, el último párrafo del apartado 3 del art. 298 RH señala como supuestos generadores de duda el aparecer inscrito con anterioridad otro exceso de cabida sobre la misma finca o tratarse de finca formada por segregación, división o agrupación en la que se haya expresado con exactitud su superficie.

Precisamente la adjudicación en un expediente de reparcelación, en el que, por otra parte, participa el mismo adjudicatario que ahora reclama el exceso de cabida, puede asimilarse a esos

casos de segregación o división de fincas en que la superficie se ha expresado con exactitud.

Por ello, parece claro que no será posible la constancia del exceso de cabida sin que se rectifique, por el órgano de la Administración urbanística correspondiente, el error que se dice haber padecido en la adjudicación de la finca resultante.

1.3 RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR

Sobre una finca se hallan inscritas dos hipotecas con igualdad de rango. En 1994 se ejecuta una de ellas, la que en el registro aparece inscrita en el asiento de fecha anterior. En la certificación de cargas no se advierte de la equiparación en rango de los gravámenes. El rematante de la finca es suegro del deudor.

Se presenta la adjudicación de la finca en el procedimiento ejecutivo con el mandamiento cancelatorio, procediéndose a la inscripción de la finca a favor del rematante pero denegando la cancelación de la hipoteca de igual rango que queda subsistente. En 2004 se plantea la responsabilidad del registrador que en la certificación de cargas omitió la expresión de la igualdad de rango.

La responsabilidad del registrador depende del daño que se haya producido efectivamente, pero también, de la buena fe del que lo sufre. La circunstancia de ser el rematante suegro del deudor indica una proximidad que puede llegar a desvirtuar la buena fe del mismo si resulta ser conocedor con anterioridad al remate de la existencia de la hipoteca subsistente. Las sospechas sobre la buena fe se acrecientan si se tiene constancia de la distancia entre la inscripción de la adquisición y la manifestada producción del daño.

En cualquier caso, los requisitos de transparencia respecto del despacho de documentos introducidos por la reforma del art. 253 LH por la LCGC, aunque disminuidos por la posterior introducida por la L. 24/2001, son de gran importancia a la hora de permitir a los interesados en el despacho de posibles errores.

En efecto, en la actualidad, la nota simple informativa a la que se refiere el párrafo primero “in fine” del art. 19 bis LH habría permitido al usuario del Registro de la propiedad apreciar sin ningún género de dudas las operaciones practicadas y reclamar en caso de que no hubieran respondido a sus expectativas.

Ahora bien, cuando el daño se hubiese producido efectivamente y se debiese a la omisión denunciada en la certificación, el perjudicado tendrá acción para exigir la indemnización correspondiente al registrador que haya cometido la falta, conforme a los arts. 226 y 296.5º LH.

1.4 REGISTRO CIVIL

El comprador de un inmueble de nacionalidad china, y casado con un cónyuge de su misma nacionalidad, adquiere el mismo manifestando estar casado bajo el régimen económico matrimonial de separación de bienes lo que acredita mediante escritura en la que se pacta dicho régimen pero que no se halla inscrita en el Registro civil correspondiente. A continuación, en compañía de su cónyuge hipoteca ese mismo inmueble. Se plantea si es preciso reclamar certificado del Registro civil chino para acreditar el régimen económico matrimonial.

Al no acreditarse la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro civil correspondiente, la inscripción del bien se practicará, si lo consiente el interesado, a favor del adquirente con sujeción a su régimen matrimonial conforme al art. 92 RH.

Al comparecer los dos cónyuges a la constitución de la hipoteca parece que no puede haber obstáculo para la inscripción de la misma, sin que sea necesaria la aportación de las capitulaciones matrimoniales inscritas en el Registro civil chino.

Sólo en el caso de que únicamente compareciera uno de los cónyuges a la constitución de la hipoteca, se consideró por los asistentes, que sería procedente la aportación de las capitulaciones matrimoniales inscritas en el Registro civil o certificado del mismo.

1.5 EXPROPIACIÓN DE PARTE DE UNA PROPIEDAD HORIZONTAL

En un expediente de expropiación se persigue la de un trozo de terreno de siete metros cuadrados que es elemento común de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Se plantea si es necesaria la notificación a todos y cada uno de los miembros de la comunidad o si basta la notificación al presidente de la comunidad.

En el seminario de 26 de marzo de 2003 se planteó un problema parecido a propósito de una reparcelación. Conforme al art. 3 de la LEF las actuaciones del expediente expropiatorio se tendrán con el propietario, considerándose como tal por la Administración a quien con ese carácter figure en los registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente.

Según esto, una parte de los asistentes entendió que la expropiación habrá de notificarse a todos y cada uno de los titulares registrales de los elementos comunes, que lo son los de los elementos privativos en proporción a sus cuotas. Por otro parte, se requerirá unanimidad en caso de que se opte por el mutuo acuerdo para la determinación del justiprecio.

En ello abundaría el que la expropiación es un acto terminante de privación del dominio por el poder público, por lo que la falta de notificación a los titulares registrales de los elementos privativos puede afectar a la tutela judicial efectiva de los mismos, provocando indefensión.

Finalmente, si no se exigiera la notificación a cada uno de los titulares registrales de la propiedad horizontal el derecho de reversión se atribuiría a todos y cada uno de los titulares registrales sin su consentimiento.

Sin embargo, se entiende que el pago puede realizarse a la Comunidad representada por su Presidente, aunque también será

necesario el acuerdo de la junta autorizándolo. El presidente ostenta la representación de la junta pero lo hace dentro de sus competencias.

Ahora bien, otro sector de los asistentes considera que la expropiación produce unos efectos privativos del dominio por virtud de la ley y de la ley deriva igualmente el derecho de reversión que se atribuye a sus beneficiarios como una consecuencia legal de la expropiación y sin perjuicio de la posibilidad de los interesados para renunciar tal derecho.

La transmisión del dominio se produce en caso de expropiación no de modo voluntario sino forzoso, por lo que se habrá de evitar las posibilidades de que se produzca indefensión, propiciando que los propietarios de los elementos privativos puedan participar en la defensa de los comunes. Ello se conseguirá si la notificación de la expropiación se realiza al Presidente, representante de la comunidad, el cual vendrá obligado a dar cuenta de la misma a los condueños para que aleguen lo que estimen pertinente a su derecho.

No se trata de consentir una enajenación sino de tener oportunidades de defensa frente a la privación del dominio de parte de los elementos comunes por la Administración, tal defensa parece lógico que se articule a través del aparato organizativo creado por la ley y no al margen de él, como si los elementos comunes pertenecieran en comunidad ordinaria a los dueños de los elementos privativos.

En ese sentido, el Tribunal Supremo¹ considera que la Ley de Propiedad Horizontal, precisamente para evitar cuestiones de legitimación, arbitró la fórmula de otorgar al Presidente de tales Comunidades, carentes de personalidad jurídica, la representación de ellas en juicio y fuera de él, que lleva implícita la de todos los titulares.

¹ Vid. STS de 8 de julio de 2003 (RJ 2003\4612) donde se contiene una amplia jurisprudencia al respecto.

Dicha representación, según la jurisprudencia, no es la ordinaria que se establece entre representante y representado, sino la orgánica, en cuya virtud la voluntad del Presidente vale, frente al exterior, como voluntad de la Comunidad, sin perjuicio, por ello, de las obligaciones del mismo de responder de su gestión, lo que conduce a entender que notificado el Presidente de la expropiación deberá ponerlo en conocimiento de los condueños para que puedan participar, si lo consideran oportuno, en la defensa de los elementos comunes.

2.- MAYO

2.1 LEY DE LA SUCESIÓN DEL CAUSANTE Y REENVÍO

Se trata de la sucesión de un ciudadano inglés que según la escritura de partición tuvo su último domicilio en Inglaterra y a su fallecimiento le sobrevivieron su esposa y dos hijas. En su día otorgó testamento en el que instituyó heredera de todos sus bienes a su esposa.

En la escritura de partición la viuda manifiesta expresamente que el único bien dejado al fallecimiento del causante es una finca sita en la provincia de Almería y que de conformidad con la voluntad del testador procede a adjudicarse.

La registradora, dado que el único inmueble de la sucesión se encuentra en España, y no se rompe el principio de unidad y universalidad de la sucesión, que pasaría a regirse íntegramente por la ley española, acepta el reenvío de la ley inglesa, y suspende la inscripción, ya que, conforme a la ley española, es imprescindible la comparecencia de las dos legitimarias mencionadas en la escritura, a menos que se acredite su no aplicación por la existencia de otros bienes fuera de España.

Los abogados presentantes del título estiman que la registradora no puede exigir a los interesados la prueba sobre la existencia de otros bienes en Inglaterra, que la sucesión ha de regirse

por la ley inglesa y si los legitimarios se sienten perjudicados reclamar judicialmente contra la adjudicación, ya que es ante el juez donde se puede producir la prueba sobre la existencia de otros bienes.

Conforme al principio de universalidad de la herencia se impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999². Además, la moderna doctrina, tanto española como inglesa, ve con criterio restrictivo la aplicación del reenvío de retorno del art. 12.2 CC, que puede contradecir no sólo el principio de universalidad de la herencia, sino también la libertad de testar propia del Derecho inglés, expresión del principio de autonomía de la voluntad.

Por otro lado, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2002³, al ser la finca de la provincia de Almería el único bien de la herencia, como expresamente se manifiesta en el título, sin que quepa, por tanto, ruptura del principio de unidad y universalidad de la sucesión, de acuerdo con los arts. 9.8 y 12.2 CC, debe aceptarse el reenvío y, en consecuencia, aplicarse la ley española.

En efecto, el Tribunal Supremo entiende en la última sentencia citada que ello es conforme con fallos anteriores que rechazaron el reenvío porque había más bienes en la herencia que los radicados en España. Por otra parte, no es que la registradora pueda exigir la prueba sobre la existencia de bienes en Inglaterra, sino que sólo esa manifestación podría impedir la aceptación del reenvío.

En cuanto a si los registradores están habilitados para apreciar el reenvío, parece que ello es conforme al art. 18 LH, que les obliga a aplicar no ésta o aquélla ley sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.

² RJ 1999\4580.

³ RJ 2002\8029.

2.2 REPARCELACIÓN

Se trata de la reparcelación de dos fincas atravesadas por un río. Se aportan tanto las dos fincas como el río. Las fincas de reemplazo se hallan constituidas por las mismas dos parcelas privadas, el cauce del río de dominio público, y una calle que por medio de un puente atraviesa el cauce, que se adjudica al Ayuntamiento. Se discute si el dominio público del río es inscribible y a quién debe adjudicarse, si al Gobierno Vasco o al Estado. Se plantea el modo de realizar las adjudicaciones.

Se señala, para obviar las dificultades que presenta el caracterizar el derecho de las administraciones el realizar la inscripción parcial del documento, realizando únicamente el correspondiente a las parcelas de dominio privado, lo que dejaría el problema sin resolver.

Conforme al art. 2 b) del Texto refundido de la Ley de aguas, de 20 de julio de 2001⁴, se integran en el dominio público hidráulico del Estado los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas, por lo que el río habrá de ser adjudicado al Estado, sin que exista dificultad para la inscripción del dominio público.

Del mismo modo se inscribirán para el Ayuntamiento, también, como dominio público los viales. Además, parece que el Ayuntamiento ostentará un derecho de paso sobre el cauce. Es la caracterización de ese derecho de paso la que resulta problemática.

A primera vista, parece que debería adoptar la forma de una concesión de paso al Ayuntamiento. Además, no parece que el dominio público hidráulico del Estado y el puente que da continuidad a la calle del Ayuntamiento que atraviesa las fincas y el cauce sean incompatibles, toda vez que la concurrencia del dominio público con otros usos es corriente, piénsese en las aguas subterráneas urbanas que discurren bajo fincas de dominio privado en muchas ciudades. Sin embargo, resultará necesario que en el

⁴ RCL 2001\1824.

expediente intervenga o sean citados tanto el Ayuntamiento como la Administración del Estado.

Por otro lado, conforme a la resolución de la DGRN de 5 de abril de 2002⁵, la función social de la propiedad delimita intrínsecamente la extensión del derecho de dominio, cuya determinación puede realizarse por medio del planeamiento urbanístico, que como en el presente caso establece un uso diverso para el cauce del río y el puente que pasa sobre el mismo.

El problema aquí estriba en la configuración que se dé a esa diversidad de derechos sobre un mismo suelo. Conforme a la doctrina de la citada resolución, no resultará inadmisibles que se atribuyan los viales al Ayuntamiento como dominio público, determinando, además, su derecho sobre el puente. Parece que ambas administraciones, local y estatal, deberán respetar las determinaciones del planeamiento, que delimitará el derecho de ambas.

En la inscripción de las fincas del dominio público debería hacerse constar la vinculación que media entre ellas. De modo que en el dominio público del Estado se hará constar la existencia del puente atribuido al Ayuntamiento y en la inscripción a favor del Ayuntamiento la circunstancia de pasar el puente sobre el dominio público del cauce.

2.3 CERTIFICACIÓN

Mediante mandamiento expedido en un procedimiento de adquisición preferente por retracto contra quien puede ser el rematante del inmueble, se solicita certificación sobre los siguientes extremos de una finca: (1) Si entre las condiciones de determinada hipoteca se prohibía a la deudora la celebración de contratos de arrendamiento y cualquier contrato de duración superior al vencimiento de la hipoteca. (2) Si la deudora presentó para inscribir después de la hipoteca un contrato de arrendamiento y si se rechazó la inscripción, los motivos y la fecha de la resolución. (3) Se pide

⁵ RJ 2002\8121.

también copia de los justificantes de los abonos efectuados para el pago del precio por la cesión del remate que obren en el Registro así como la copia de la factura correspondiente que se hubiera emitido por la inscripción del mismo.

Del registro resulta que la hipoteca otorgada en escritura de 18 de noviembre de 1998 se inscribió el 5 de febrero de 1999, mientras que el arrendamiento para uso distinto de vivienda pactado en escritura de 20 de octubre de 1998, se inscribió el 22 de noviembre de 2000.

El arrendamiento es por plazo de dos años prorrogables a instancia de la arrendataria, debiendo la arrendadora asumir forzosamente dicha prórroga unilateral. En la hipoteca se recoge una cláusula por la que se prohíbe a la hipotecante celebrar contratos con prórroga forzosa y por renta que disminuya gravemente el valor de la finca.

Se plantea el régimen del arrendamiento inscrito, si procede su cancelación en la ejecución hipotecaria y si civilmente es posible su subsistencia a los efectos de ejercicio del derecho de retracto.

El arrendamiento se halla constituido correctamente en una escritura pública anterior a la hipoteca, sin que al hipotecante le alcancen las prohibiciones que para el futuro se establecen en orden al arrendamiento de la finca hipotecada. Por otro lado, el acreedor hipotecario puede haber tenido conocimiento del arrendamiento al tiempo de constituir la hipoteca.

Ahora bien, el arrendamiento es por plazo de dos años, sin que en el Registro se hayan hecho constar las prórrogas como un aumento del derecho inscrito, por lo que lo que el registro publica es un arrendamiento en situación equívoca.

En cuanto a la posibilidad, conforme al art. 4.3 LAU vigente, dado que se trata de un arrendamiento para uso distinto de vivienda, de aplicar el art. 1571 CC y entender que el adquirente tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la

venta, lo dispuesto en dicho precepto es salvo pacto en contrario y de lo dispuesto en la LH.

Esta última salvedad se refiere a los arrendamientos inscritos en el Registro de la propiedad, como es el caso. Por virtud de tal inscripción el adquirente en pública subasta habrá tenido conocimiento o posibilidad de conocer el arriendo y habría de pasar por él. Ahora bien, la inscripción del arrendamiento es posterior a la hipoteca de la que procede el derecho del rematante, la cual no aparece gravada con un arrendamiento anterior.

Además, llega al registro una petición de certificación en un procedimiento de retracto antes que el mandamiento cancelatorio del juez de la ejecución, lo que nos deja en la duda de si, conforme establece el art. 661.2 LEC, el ejecutante ha pedido que, antes de anunciarse la subasta, se declare que el ocupante por arrendamiento no tiene derecho a permanecer en el inmueble, una vez que éste se haya enajenado en la ejecución. En definitiva, el caso presenta múltiples incertidumbres que habrán de despejarse para poder pronunciarse de manera terminante.

Sin embargo, el problema desde el punto de vista hipotecario parece claro si se atiende a los pronunciamientos terminantes del art. 134 LH que ordena la cancelación de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores posteriores a la hipoteca que se ejecuta.

En efecto, conforme a ese punto de vista habrá que cancelar el arrendamiento si lo ordena el juez con ocasión de la ejecución de la hipoteca anterior, dejando para el procedimiento declarativo correspondiente cualquier reclamación del arrendatario.

Teniendo en cuenta que la cancelación encierra la presunción de extinción del derecho inscrito, conforme al art. 97 LH, se habría resuelto también el problema civil de la vigencia del arrendamiento a los efectos del retracto.

Sin embargo, en este caso, parece que las partes se encuentran empeñadas en resolver primero el problema civil, para

abordar después el hipotecario. Eso es lo que indicaría el haberse iniciado un procedimiento de retracto en el que se ha solicitado la expedición de la certificación mencionada.

2.4 EXPROPIACIÓN DE LA DIPUTACIÓN

La Diputación de Bizkaia en el año 2000, expropia un terreno para la ejecución de una carretera que alcanza no sólo a la parte de la finca necesaria para aquel fin sino a la totalidad de la misma que, sin la expropiación integral, quedaría reducida a un sobrante de explotación antieconómica conforme al art. 23 LEF.

La Diputación solicita que en la inscripción se haga constar que parte de la finca, tres mil metros cuadrados, son de dominio público, mientras que otros dos mil no afectos a los fines de la expropiación, figuren como patrimoniales. La finalidad de dicha distinción es posibilitar la venta como patrimonial del exceso de terreno respecto de los fines de la expropiación. Se plantea la vigencia del derecho de reversión.

Pese a la existencia de acuerdo entre la Administración y el expropiado sobre el carácter antieconómico de la porción inicialmente sobrante y su adquisición por expropiación, el título traslativo a favor de la Diputación es el de expropiación, sin que quepa, rompiendo la unidad del acto traslativo, afirmar que una parte se adquiere por expropiación y otra por compraventa, sin perjuicio, de que no exista dificultad para inscribir una parte como de dominio público y la otra como patrimonial.

En consecuencia, no constando en el acta de expropiación la renuncia a la reversión, dicho derecho a favor del expropiado no puede ser excluido. Ahora bien, el problema se produce en torno a si la venta como patrimonial de la porción no afectada a los fines de la expropiación desencadena el juego del derecho de reversión a favor de la expropiada.

Para que la reversión se produzca es necesario que una vez ejecutada la obra o servicio, quede un sobrante, pero también, que

no se haya previsto en la misma expropiación el destino del mismo, como ocurre en el supuesto del art. 15 LEF para porciones dedicadas a ampliaciones de las obras o de la finalidad de que se trate.

En el presente caso la condición de sobrante de la parte de parcela no afecta a los fines de la expropiación, surge en el instante inicial mismo, ya que el presupuesto de la transferencia se orienta a través del art. 23 LEF, cuyo supuesto de hecho es el de que la porción expropiada en exceso no es necesaria a los fines de la expropiación, por lo que necesariamente habrá de quedar fuera de tales fines como sobrante pero sin que ello, por tanto, pueda desencadenar el juego del derecho de reversión.

Ese derecho dependerá del cumplimiento de los fines expropiatorios respecto de la otra parte de la finca que motivó la expropiación total. Entretanto, ante circunstancias sobrevenidas que revelen potencialidad de aprovechamiento económico respecto de las parcelas sobrantes, no resulta descabellado el interés por su venta de la Diputación, si bien, la parcela segregada y vendida seguirá estando sujeta al derecho de reversión.

2.5 REPARCELACIÓN CON VINCULACIONES “OB REM”

Se plantea si en una reparcelación es posible la preconstitución de un régimen de propiedad horizontal en el que se establecen vinculaciones “ob rem” de evidente interés público.

Se trata de cinco fincas de resultado en las que se van a construir setenta chalets, atribuyéndose a cada una de las futuras construcciones, una setentava parte de las parcelas comunes de viales y jardines, cuyos gastos de mantenimiento serán a cargo de los dueños de los futuros chalets, si bien el uso de los viales y jardines será público. La vinculación se establece de modo que la transmisión o gravamen de cada chalet lleve aparejada, de modo inseparable, los de la cuota sobre los viales y jardines.

Se admite la posibilidad de que en el mismo proyecto de equidistribución pueda constituirse un complejo inmobiliario que

regule las relaciones entre los distintos solares de reemplazo destinados a la edificación, de un lado, y los viales y jardines de otro. Pero para ello es necesario que la constitución del régimen se haga en el propio proyecto y no configurándolo como una obligación futura de los propietarios.

Ahora bien, en el caso de que tanto los solares de reemplazo como los viales y jardines se adjudiquen a un solo propietario, dada la libertad del dominio y el valor de publicidad noticia de la inscripción de las determinaciones urbanísticas, cabría que el propietario único hiciese tabla rasa de las mismas y procediera a la desvinculación entre las fincas contra lo realizado en el proyecto de equidistribución.

Sin embargo, conforme a la función social de la propiedad, la legislación urbanística tiene entre sus objetos, como se aprecia en el vigente art. 2. d) del Texto refundido de la Ley del suelo de 1976⁶, el de la delimitación de las facultades del propietario relativas al uso del suelo y la edificación.

Entonces, las determinaciones incorporadas al planeamiento vendrían a delimitar tales facultades, de modo un tal acto de desvinculación del propietario único no podría acceder al registro por hallarse el mismo carente de legitimación, a la vista del desarrollo del planeamiento, para modificar el contenido delimitador de su derecho.

2.6 CERTIFICACIÓN DEL 206 LH

En 1983 un Ayuntamiento inscribe por medio de una certificación administrativa de dominio del art. 206 LH una finca de su propiedad de mil setecientos metros cuadrados. Posteriormente segrega una parcela de setecientos, por lo que la primitiva finca queda reducida a mil metros cuadrados.

Ahora quiere inscribir una declaración de obra nueva de un convento antiguo, para lo que pretende elaborar una nueva certi-

⁶ RCL 1976\1192.

ficación administrativa, manifestando que el resto del terreno matriz tiene una superficie de dos mil ochenta metros cuadrados, dado que anteriormente no se había incluido una huerta, queriendo hacer valer dicha certificación administrativa como título para inscribir el exceso de cabida.

El art. 206 LH no permite utilizar la certificación administrativa para inscribir excesos de cabida. La opción que se le presenta al Ayuntamiento es o bien manifestar que en 1983 cometió un error y que en realidad debió certificar de un terreno mayor, o bien, inmatricular previamente el exceso de cabida, pero no como tal exceso de cabida sino como una inmatriculación independiente de la huerta contigua, si es el caso, para luego agruparla a la finca primitiva.

2.7 ARRASTRE DE CARGAS

Se desafecta un pasillo comunal que se vende a un vecino con la condición de que lo agregue a su piso colindante con el acuerdo unánime de la junta de propietarios. Se plantea la situación de las cargas.

Se trata de un caso que, en apariencia, ya se halla resuelto de modo terminante por la jurisprudencia de la DGRN, pero lo cierto es que las dudas sobre el mismo subsisten. En efecto, para el supuesto de la desafectación de la vivienda del portero y su configuración como elemento independiente con su propia cuota de participación para su venta, se concluye por la DGRN, en resoluciones de 13 de junio de 1998, 28 de febrero de 2000⁷, 11 de octubre de 2001⁸ y 4 de junio de 2003⁹, que el acreedor hipotecario no debe prestar su consentimiento para la desafectación, sin embargo, el elemento desafectado quedará gravado por las cargas de los elementos privativos en proporción a sus respectivas cuotas. Además, tales cargas habrán de arrastrarse en el asiento en el que se plasme la desafectación.

⁷ RJ 2000\1089.

⁸ RJ 2002\7291.

⁹ RJ 2003\4241.

Según ese punto de vista, la liberación de cargas del nuevo elemento privativo requiere no sólo el consentimiento de los titulares registrales de las mismas, sino de los que lo sean de los elementos independientes gravados, conforme a la resolución de 27 de marzo de 1989¹⁰, los cuales, de otro modo, podrían verse perjudicados por la liberación, al concentrarse la garantía sobre su piso.

Para alcanzar sus conclusiones la DGRN no parte de una aplicación directa de la ley, pues en ella el caso no está resuelto expresamente, sino que se acude a la interpretación de la misma. Para ello, se apoya en la inseparabilidad del elemento privativo de sus elementos comunes y de que los actos sobre los elementos privativos *se extienden* a los comunes.

Sin embargo, la extensión de las cargas a la parte desafectada no resulta de la naturaleza de la propiedad horizontal sino que sólo es posible equiparando los elementos comunes objeto de desafectación con los privativos o con anejos objeto de segregación o división. Es decir, identificando cosas distintas.

Pero es que tampoco cabe identificar la desafectación con la división material de fincas para aplicar el régimen de las hipotecas solidarias del art. 123 LH. Por otra parte, entre los elementos a los que se extiende la hipoteca, según el art. 110 LH, nada se dice de esos elementos comunes por destino susceptibles de desafectación, sin que, ningún precepto legal determine de modo expreso, cuando se hipoteca una finca inserta en un régimen de propiedad horizontal la extensión del gravamen.

Del régimen legal de la propiedad horizontal, se desprende únicamente, que la hipoteca grava los elementos comunes necesarios para asegurar el aprovechamiento independiente del elemento privativo, siendo, precisamente, esta la razón que justifica la inseparabilidad de sus dos aspectos.

¹⁰ RJ 1989\2514.

Esa función la cumplen los elementos comunes *como un todo*, sin que de ahí resulte que determinadas partes de los mismos no puedan dejar de cumplir la misma sin perjudicar el aprovechamiento independiente de los elementos privativos. Esa posibilidad se halla admitida y sirve de base para la distinción entre elementos comunes por destino y por naturaleza.

La propiedad horizontal se halla legalmente sujeta por un conjunto de limitaciones definitorias de su carácter, que la delimitan, entre las que se encuentra el poder de la junta de propietarios, para desafectar mediante acuerdo unánime, elementos comunes por destino y sin que deban verse afectados indiscriminadamente por las cargas que afectan a los elementos privativos.

Además, el derecho a la desafectación de los elementos comunes por destino, mediante acuerdo unánime de la Junta de propietarios, sin más afección que su sujeción al régimen de propiedad horizontal existente al tiempo de su adquisición, es un derecho que, según Botía Valverde¹¹, corresponde a los propietarios de los distintos elementos privativos desde la constitución de la misma y que prevalece sobre el posterior derecho del acreedor hipotecario.

Conforme a la naturaleza de la propiedad horizontal, estando la legitimación exclusiva para configurar el régimen de propiedad horizontal en la junta de propietarios, según el art. 12 LPH, si el acuerdo de la misma en orden a la desafectación, libre de cargas, de parte de los elementos comunes asegura el aprovechamiento independiente de los demás elementos privativos, ningún perjuicio puede venirle al acreedor hipotecario “a priori” según el propio concepto legal de la propiedad horizontal.

Tal vez por ello, cabe pedir a la junta que exprese en su acuerdo que la desafectación de parte de los elementos comunes

¹¹ Botía Valverde, A., “Desafectación de vivienda destinada a portería y su venta libre de cargas (Comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2003”, Revista jurídica del notariado, nº 49, 2004, p. 289.

no menoscaba en nada el aprovechamiento independiente de los elementos privativos.

Garantizada de ese modo, “a priori”, la indemnidad del acreedor hipotecario, pueden, tal vez, resultarle perjuicios de las circunstancias del caso, pero entonces, su seguridad no está al arbitrio de la junta de propietarios sino que, si se considera perjudicado, puede acudir a la acción de devastación del art. 117 LH.

3. JUNIO

3.1 LIQUIDACIÓN DE ANOTACIÓN PREVENTIVA FUERA DE BIZKAIA

Se presenta un mandamiento de embargo que se liquida fuera de la provincia sin haber pasado por la Hacienda Foral. Se plantea si es suficiente para entender que se ha acreditado el pago del impuesto.

Hay dos opciones, suspender hasta que se acredite el pago a la Diputación Foral o inscribir y extender la nota de afección correspondiente. La primera opción se apoya en el entendimiento de que el pago del impuesto ha de acreditarse respecto de la Hacienda competente, conforme al art. 122 del Decreto Foral 206/2001 de 5 de junio por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en cuyo precepto se exige que en la nota de afección del inmueble se especifique el número del expediente que le haya atribuido la oficina liquidadora competente¹².

Sin embargo, desde el otro punto de vista se considera que una vez que el documento se ha presentado en una oficina liquidadora, corresponde a la propia Administración hacerlo llegar a la oficina competente.

¹² LPV 2001\329.

Al efecto, pese a la inexistencia de una obligación legal claramente establecida, en el ámbito de la colaboración con la Hacienda Pública de Bizkaia, se viene despachando el documento que se presenta en otras oficinas liquidadoras fuera del territorio con la correspondiente nota de afección y se comunica a la Presidencia Territorial mediante fotocopia para su curso a Hacienda.

3.2 COMPRAVENTA A TÉRMINO

Una compraventa ordinaria contiene el pacto por el que se difieren todos los efectos de la misma por un plazo de seis meses, transcurridos lo cuales, la compraventa se entenderá consumada. El precio se paga de presente y no se pacta reserva de dominio.

Conforme a la STS de 6 febrero 1990¹³ “la compraventa en nuestro derecho viene configurada como un contrato consensual, del que surge la obligación de entregar la cosa vendida y de pagar el precio estipulado, pero debiendo distinguirse el momento de la perfección del contrato, producido por la coincidencia del consentimiento sobre la cosa y el precio, y el de la consumación, emanante de la tradición real o ficta de la cosa, que determina la transformación del originario «ius ad rem» en un «ius in re», mediante el cual se transmite el dominio de lo comprado, con la obligada consecuencia jurídica de que, cuando la compraventa no va seguida de la tradición, no puede considerarse como propietario al comprador en tanto esa tradición no se produzca. - Sentencias 14.6.1966 (RJ 1966\3104); 24.5.1980 (RJ 1980\1963); 7.4.1981 (RJ 1981\1526); 27.4.1983 (RJ 1983\2129).”

A su vez, la STS de 23 febrero de 1999¹⁴ señala que “El hecho de inscribir una compraventa no significa que se adquiera la propiedad del inmueble por el hecho de practicar el asiento; sig-

¹³ RJ 1990\664.

¹⁴ RJ 1999\1851.

nifica que la adquisición deriva del negocio traslativo (venta) documentado suficientemente y que la inscripción cumple el cometido de exteriorizar «erga omnes» que esa transmisión se ha operado válidamente.”

Por su parte la STS de 6 febrero 1990¹⁵ añade que “según establece la propia Sentencia de 3-10-63 (RJ 1963\3964) que cita el recurrente, «el instante en que se produce la adquisición de lo comprado no se identifica con el perfeccionamiento a que se refiere este artículo, porque tal base contractual únicamente confiere al comprador un «ius ad rem» sobre la cosa objeto de la estipulación y una acción de índole meramente personal para reclamar su entrega con apoyo en los dos artículos 1461 y siguientes», de forma que el dominio sobre la cosa [...] solo nace [...] cuando concurren título y modo, faltando aquél cuando falta el precio, consumándose el contrato solo con la entrega del mismo y de la cosa.”

Por tanto, la adquisición del derecho real sobre la cosa sólo se produce tras el paso de los seis meses pactados, conforme al art. 1462.II CC, y sólo tras el paso de ese plazo será posible plasmar en el Registro de la propiedad una mutación jurídico-real.

Por el contrario, a favor de la inscripción se argumenta que la escritura recoge un acto válido, lo que supone, sin embargo, confundir consumación y perfección como se acaba de ver. Además, la inscripción daría lugar a una situación equívoca ya que el Registro publicaría una doble titularidad.

3.3 USUFRUCTO VIUDAL

Se presenta la partición de la herencia de un aforado a favor de sus dos hijos pero sin que en el acta de notoriedad se haya reconocido usufructo viudal a favor del cónyuge viudo, el cual se encontraba separado judicialmente del causante.

¹⁵ RJ 1990\665.

Conforme al art. 59 del Fuero civil del País Vasco, carecerá de derechos sucesorios en la herencia de su consorte el divorciado o el cónyuge separado por causa a él imputable. Se trata, por tanto, de calificar el acta de notoriedad. En el presente caso, existe la dificultad añadida que la separación pudo haberse decretado judicialmente, conforme al art. 81.1º CC, sin que conste que la misma le sea imputable a un cónyuge en concreto.

Es en el acta de notoriedad, entonces, donde habrán de haberse tenido en cuenta, conforme al art. 209 del Reglamento Notarial, los eventuales derechos sucesorios del cónyuge viudo, de modo que si citado éste en el expediente no hubiere alegado nada ni acreditado la interposición de demanda en juicio declarativo sobre los hechos objeto del mismo, el Notario podrá continuar la tramitación y adoptar la oportuna decisión, según la resolución de la DGRN de 8 de mayo de 1995, la cual, servirá de título para la inscripción.

3.4 HIPOTECA DE BIENES SUCESORIOS

En una escritura de constitución de hipoteca comparecen la viuda y los hijos del causante, hipotecando un bien del mismo sin que medie partición, en garantía de una deuda de uno de los hijos. Se plantea si es necesaria o no la previa partición de la herencia con las consecuentes adjudicaciones.

En principio, salvados los obstáculos fiscales, no parece que exista dificultad para que presentes en la escritura todos cuantos pueden ostentar algún derecho sobre los bienes hereditarios den alguno de estos en hipoteca. Sin duda, conforme a la resolución de la DGRN de 27 de noviembre de 2003, parece que los comparecientes engloban todos los intereses necesarios para la liquidación de la sociedad de gananciales y partición de la herencia.

Sin embargo, de ahí no cabe deducir que puedan, omitiendo esa partición y tras la previa adjudicación, disponer de su derecho hereditario que es de lo único que disponen hasta que no hagan la partición. En efecto, conforme al art. 46.I LH, el dere-

cho hereditario cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, sólo podrá ser objeto de anotación preventiva.

De ahí se desprende que no cabrá la inscripción de la hipoteca sin la previa adjudicación de los bienes. Ahora bien, no debe olvidarse que anotado el derecho hereditario, el mismo puede ser objeto de transmisión, gravamen o anotación.

3.5 ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

Se presenta un mandamiento de embargo en el Registro de la propiedad contra quien no es titular registral, pero se acompaña del consentimiento del titular registral, no demandado, favorable a que se proceda a la anotación del gravamen sobre la finca de que resulta titular. De las averiguaciones posteriores a la presentación resulta que el titular registral no es dueño de la finca, que le ha sido transmitida al demandado contra el que se dicta el embargo.

Conforme a los arts 629.II LEC y 140.1 RH al no estar la finca embargada a nombre del embargado procederá la suspensión, si como en el presente caso, resulta que el titular registral es causahabiente del mismo. Precisamente, el consentimiento favorable al embargo puede ser indicio de ese enlace entre el embargado y el titular registral que justifique la suspensión de la anotación en lugar de su denegación.

Por otro lado, conforme al art. 658 LEC, el tribunal no habrá ordenado el embargo, una vez vista la certificación registral según la cual resulte que el bien embargado se encuentra inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, a menos que en el procedimiento se haya acreditado que el embargado es causahabiente del titular registral.

3.6 CLÁUSULA PENAL EXCESIVA

Se trata de una hipoteca en garantía de un préstamo de 36.000 € a 3 meses. En caso de vencimiento del plazo sin haber

obtenido el reembolso se pacta una cláusula penal de 12.000 €. Es un contrato por adhesión. La cláusula dice: “Pactan expresamente las partes, que sin perjuicio de lo preceptuado en la estipulación siguiente para los intereses de demora, la parte prestataria hipotecante deudora pagará a título de indemnización o en su caso, como cláusula penal la cantidad de doce mil euros si llegado el vencimiento no fuera reintegrada la suma pactada en su totalidad, consistiendo la parte prestataria hipotecante deudora que la finca hipotecada responda también de la mencionada cantidad como conceptos conexos.”

Al tratarse de un contrato por adhesión su contenido se halla formado por condiciones generales, de modo, que si en el mismo se alega la existencia de alguna cláusula negociada individualmente, es decir, la presencia de un acuerdo singular, la carga de la prueba de la negociación corresponde al predisponente, lo que no se realiza conforme al art. 10 bis 1.III LGDCU.

Encontrándonos, por tanto, ante una condición general y atendidas las circunstancias del caso, a saber, el montante de la deuda, el breve plazo de vencimiento y la importancia de la indemnización por impago resulta a todos luces excesivo el importe de la indemnización, pues la misma se muestra por completo independiente de algún daño efectivo que el acreedor pudiera sufrir como consecuencia del incumplimiento de la obligación principal o del impago de los intereses, concepto ambos asegurados con la hipoteca. Por las mismas razones tampoco puede ser considerada tal indemnización como un concepto conexo.

Fuera de eso no es posible imaginar sin que el acreedor lo justifique, lo que no hace, qué tipo de perjuicio soporta por el impago distinto de los intereses de demora. Por ello, parece claro que el supuesto incurre en el nº 3 “in fine” de la disposición adicional 1ª LGDCU, es decir, contiene una indemnización excesiva que, además, parece independiente y no accesoria de la obligación principal, lo que conducirá a la denegación de la cláusula, lo cual, sin embargo, no impide la inscripción de la hipoteca sin la referida estipulación.

3.7 DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA POR EL CONSTRUCTOR NO PROPIETARIO

Se declara una obra nueva por un constructor que no es propietario de la finca, pero que pretende, con el consentimiento de los titulares registrales, inscribir la obra nueva a su favor.

Procede la suspensión de la inscripción porque no consta ni la adquisición de lo edificado por los dueños del terreno ni la forma jurídica que permitiría la coexistencia del derecho del constructor y de los titulares del terreno en el folio registral del mismo.

En efecto, constando que la obra se ha realizado por un tercero no es posible su inscripción si no consta la opción del propietario del terreno por la propiedad de lo construido y el previo pago de la obra, conforme al art. 361 CC.

Por otra parte, en el caso de que se quisiera la coexistencia de un derecho separado sobre lo edificado a favor del constructor con el derecho de los dueños del terreno es necesaria la constitución del correspondiente derecho real, tal que el derecho de superficie u otro que los interesados consideren legítimo, conforme al art. 16 RH.

Debe señalarse que el requisito del pago de las obras es de interés, únicamente, para el caso de que el constructor sea una persona distinta a los titulares registrales, porque cuando el que construye es el propio titular registral la cuestión del pago carece de relevancia para la adquisición de la obra, que corresponde al dueño del terreno conforme al art. 359 CC.

3.8 EXPROPIACIÓN DE BIEN PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL

En 1970 el Ayuntamiento de Bilbao promueve expediente expropiatorio de determinada finca que se halla inscrita en el Registro de la propiedad a nombre de quien según la inscripción aparece como casado. Ahora se pretende la inscripción de aquel

expediente expropiatorio, pero como en su tiempo, se entendió únicamente con el marido titular registral, se plantea si es necesario el concurso del otro cónyuge o sus herederos.

En 1970, en el régimen de gananciales, el esposo era el administrador de la sociedad de gananciales. La determinación del justiprecio por mutuo acuerdo, por otro lado, es un acto de administración, por lo que se considera que el expediente, tal como se tramitó en su día, es inscribible, sin que se entienda necesario trámite adicional alguno con el otro cónyuge o sus herederos.

3.9 DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

En la venta de unas viviendas de un ente municipal a sus inquilinos se quiere limitar su derecho de libre disposición, dado el carácter social de la transacción, dirigida a facilitar el acceso a la propiedad de su vivienda por los arrendatarios.

Para ello, en la compraventa se establece un derecho de adquisición preferente a favor del vendedor por el plazo de diez años por un precio actualizado, al momento de la enajenación, con el IPC más los gastos del art. 1518 CC. El derecho a favor del patronato municipal se constituye para el caso de toda transmisión inter vivos, ya sea voluntaria o forzosa, privada o pública, a título gratuito u oneroso, y no sólo en la primera venta que tenga lugar, sino en cualquiera con posterioridad a la primera que se pueda celebrar.

En el caso de que se tratase de una transmisión voluntaria se establece la obligación del adquirente actual de notificar por acta notarial a la entidad municipal, que dispondrá, a su vez, de un plazo de tres meses desde la notificación para el ejercicio de su derecho.

En el caso de transmisión forzosa, “sin que el impulsor de la transmisión haya cumplido el trámite de notificación mediante acta notarial a VIVIENDAS MUNICIPALES de su propósito de transmisión, y sin que hayan transcurrido tres meses desde la fecha de notificación para que el Ente pueda ejercitar su derecho

de adquisición preferente, no será inscribible en el Registro de la propiedad la transmisión pretendida.” Se plantea la inscribibilidad de la última cláusula.

No procede reparo alguno respecto de la posibilidad, conforme al art. 1508.II CC, de inscribir el derecho de adquisición preferente a favor del Organismo municipal. Ahora bien, se plantea la duda, de si la falta de notificación de la transmisión a dicho organismo, impide la inscripción de la misma en el Registro de la propiedad.

El carácter social de la enajenación y la naturaleza pública municipal del vendedor favorecen la admisión del pacto por el que se restringe la inscripción de la adquisición por un tercero. Sin embargo, el mismo ha de sujetarse a los límites legales. Además, dado que la regulación del derecho a inscribir se realiza por normas de Derecho necesario no parece posible limitar el mismo sin una norma expresa que lo autorice, pese a la existencia de las indicadas razones sociales.

3.10 LEGADO DE USO Y HABITACIÓN

Se presenta en el Registro una escritura de “Manifestación, aceptación y adjudicación de herencia”; comparecen al otorgamiento el hijo y la hija de la causante, únicos herederos de la misma. Del testamento que se acompaña resulta un legado a favor de dos hermanos de los herederos, y mientras vivan, del derecho de uso y disfrute de una habitación, a cada uno, en la vivienda propiedad de la testadora, al momento del fallecimiento.

Los herederos, únicos comparecientes, adjudican la vivienda a la hermana heredera, quien acepta el legado del derecho de uso y disfrute de una habitación en la vivienda adjudicada, a favor del hermano legatario, haciendo constar que la otra legataria, ha fallecido con anterioridad.

La heredera adjudicataria no acredita su representación, por lo que la aceptación del legado en nombre de su hermana es nula conforme al art. 1259 CC. Por otra parte, el art. 47 LH

reconoce al legatario de bienes inmuebles determinados el derecho a pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su legado, pero no establece el cierre registral en caso de adjudicación al heredero de tales bienes sin la anotación.

El art. 151 RH para ese caso señala que los herederos podrán inscribir a su favor los *demás* bienes hereditarios en cualquier tiempo, de donde, se desprende, “a sensu contrario”, que no podrán inscribir el bien sobre el que recaen los derechos reales determinados objeto del legado.

Así, aunque no se haya practicado la anotación preventiva, tratándose de un legado de inmuebles determinados, tales bienes, en este caso un derecho de habitación, no pasan a formar parte del caudal hereditario ya que el derecho a los mismos pasa al legatario al tiempo de la muerte del causante. En consecuencia, no cabrá la inscripción de la vivienda sin la aceptación del legado por el legatario.

3.11 COMPLEJO INMOBILIARIO

Un conjunto inmobiliario promovido y construido hace cuarenta años, en tres fases, por la Asociación local del Hogar, se halla formado por tres edificios y diecisiete portales, cada uno de los cuales forma una subcomunidad dentro de la comunidad correspondiente a su finca, si bien, existen servicios comunes a las tres edificaciones –gas, estacionamiento, piscina-, que dan lugar a gastos, también comunes.

Cada fase se inscribió como finca independiente, pero, como se ha dicho, las tres edificaciones forman un conjunto. En su día, la Asociación local del Hogar, promotora del complejo, se reservó la facultad de redactar los estatutos del complejo, en el que cada edificación tiene una cuota. Se plantea si cabe constituir un complejo inmobiliario respecto de las tres fases o edificaciones.

La respuesta parece, sin duda, afirmativa. En efecto, para constituir un complejo inmobiliario, conforme al art. 24 de la Ley

sobre propiedad horizontal, es necesario que se trate de fincas independientes, que principalmente estén destinadas a viviendas o locales, que existan elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios comunes y, finalmente, que el complejo se constituya adecuadamente.

Para ello, en el presente caso pueden acudir a la agrupación de comunidades, para lo que el título constitutivo de la nueva comunidad agrupada será otorgado por los presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar aquélla, previamente autorizadas por acuerdo mayoritario de sus respectivas Juntas de propietarios.

Carlos Ballugera Gómez

NOTICIAS INTERNAS

AKADEMIAREN ALBISTEAK

En el segundo trimestre del año 2005, se ha desplegado una eficaz actividad de la Academia, tal como se preveía anteriormente, dándose lugar a las siguientes:

a) *La Junta Directiva* se ha reunido en pleno, con abundante asistencia, los días cuatro de mayo y trece de junio, sin perjuicio de las reuniones particulares mantenidas para resolver asuntos concretos.

b) El día 6 de abril se reunió, en el salón de actos del Ilustre Colegio Notarial de Bilbao, cedido desinteresadamente por dicho Colegio, la segunda *Asamblea General*, con asistencia de treinta y dos académicos, número que es interesante que se incremente en la próxima. Se trataron todos los temas de la convocatoria, aprobándose por unanimidad los acuerdos que necesitaban tal requisito. Nos distinguió con su presencia la Ilustrísima Diputada de Cultura de la Excm.a Diputación Foral de Bizkaia, doña Belén Greaves.

Abrió el acto, tras las palabras de recibimiento del Presidente del Colegio Notarial, nuestro presidente don Adrián Celaya. A continuación tomó la palabra don Andrés Urrutia, para el trámite de discurso de apertura del curso 2004/2005, sobre el tema “*Derecho*”

civil foral vasco: nuevas perspectivas” refiriéndose inicialmente a la vigencia, posibilidades y futuro de la AVD – ZEA, y enunciando las publicaciones y Jornadas realizadas (la última, este misma semana, por la Sección Financiera – fiscal) así como exponiendo el concreto objetivo de desarrollar la LDCFPV.



De izquierda a derecha ezkerretik eskuinera Andrés Urrutia jauna AVD-ZEA lehendakari-ordea / vicepresidente; Javier Oleaga jauna idazkaria / secretario; Adrián Celaya jauna lehendakaria / presidente; Belen Greaves andrea Bizkaiko Foru Aldundiaren Kultur Diputatua / Diputado de Cultura eta / y Manuel Pardiñas jauna Zuzen Doktoren kidea eta Bilboko Notario Elkargooren Dekanoa / Miembro de la Junta Directiva y Decano del Ilustre Colegio Notarial de Bilbao.

Expuso mediante una presentación en ‘power point’, el método de actuación; primeramente con base de pocos ponentes, quienes serían posteriormente completados con ponentes específicos invitados, abriéndose posteriormente participación a todos los posibles colaboradores. Advertía que la primera fase pudiera extenderse en un período de uno a cuatro meses, la segunda durante seis a nueve meses, y la final, con las aportaciones escritas de los colaboradores, durante dos a tres meses, para que bajo un criterios y dirección de la Academia, supusiera el trabajo definitivo, todo ello independientemente de la colaboración que se llevara a cabo con otras Instituciones jurídicas.

También hizo referencia a los aspectos jurídicos, no solo del derecho privado y familiar sino también a la imbricación del derecho concursal, procedimental, laboral, registral, europeo, etc.

Así mismo intervino el académico don José María Arriola quien se refirió a 1º) que para el momento de la visible reedición de las obras de don Carlos de la Plaza se tenga presente no solamente su obra más conocida “El Fuero de Vizcaya en lo civil”, sino también otras de sus publicaciones, todas muy interesantes. Así como, quienquiera que fuere su autor, se tenga muy presente la limpieza del ejemplar que vaya a ser reeditado. 2º) Que en las reformas legales que se propongan por parte de la Academia, (p.e. el Anteproyecto LDCFPV antes mencionado) se tengan en cuenta a otros agentes o instituciones diferentes de la propia academia. 3º) Que debería gestionarse la participación de la Academia en el Consejo Asesor del País Vasco.

A los asistentes se le entregó el segundo volumen de la colección “Clásicos del derecho Vasco – Eukal Zuzenbidearen



Bilbao, 2005-04-06 AVD/ZEA Batzar Orokorra / Asamblea General; Akademiaren web orria aurkesten /presentando la página web de la academia.

Klasikoak” comprensivo de la “Actas de las sesiones celebradas (en 1900) por la Comisión Especial de Codificación del Derecho Vasco (editadas en 1902)” que se presentó en dicho acto y a continuación el Ilustre Colegio Notarial obsequió con un lunch a los asistentes.

c) Los días 25 y 26 de abril, en el salón de actos del Ilustre Colegio de Abogados, en Bilbao, cedido graciosamente, con la colaboración de la Asociación Española de Asesores Fiscales, AEDAF se celebraron las “*Jornadas de estudio sobre la Nueva Norma Foral Tributaria de Bizkaia*”, organizada por la Sección de Derecho Fiscal –Financiero con intervención de muy competentes académicos y funcionarios de la Hacienda Foral de Bizkaia.

Sin perjuicio de que en el próximo Boletín aparezca una amplia referencia sobre su contenido, podemos resumir su desarrollo de la manera siguiente:

El primer día presentaron el acto nuestro Presidente don Adrián Celaya y doña Isabel Santos, Presidenta de AEDAF, quien también actuó de moderadora de las intervenciones de don José Rubí y don Borja Iriarte, sobre “*La nueva NFGT de Bizkaia: principios que la inspiran, cuestión de carácter general y comparación con la LGT y con las NFGT de Álava y Guipúzcoa*”, y de doña Gemma Martínez y don Javier García Ross sobre “*Principios Generales de los procedimientos tributarios y procedimiento de gestión en la nueva NFGT*”.

El segundo día, actuando de moderador don Javier Muguruza, disertaron don Guillermo Onaindía y don Pablo Martín, sobre “*Los obligados tributarios y la deuda tributaria en la nueva NFGT. El procedimiento de recaudación*”, y don Iñaki Alonso y don José M^a. Makua sobre “*El procedimiento de inspección en la nueva NFGT y el nuevo régimen de infracciones y sanciones*”.

d) A finales de abril quedó definitivamente instalada la *página Web* de la Academia, cuya dirección es *www.avd-zea.com*.



Bilbo, 2005-04-06 AVD/ZEA Batzar Orokorra / Asamblea General; Zuzendaritza kideak eta bazkideak / miembros de la Junta Directiva y socios asistentes.

e) Se ha ratificado con Bizkaiko Foru Aldundia - Exma. Diputación de Bizkaia el *Convenio* con dicha Entidad, habiéndosele aportado el aprovechamiento de sus contribuciones materiales en la actuación cultural de la Academia.

El Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya acordó en el mes de mayo, el contribuir a nuestras necesidades, con una aportación de tres mil euros.

En este segundo trimestre del año se han cobrado las cuotas anuales.

f) Están también proyectadas la realización de unas *Jornadas por las Secciones* de Derecho Público, y de Derecho Financiero y Tributario.

La Sección de Derecho Privado prepara su discurso para una actualización del Anteproyecto (de diciembre de 2001) de Ley de Derecho Civil Vasco, en poder del Parlamento Vasco y también ha redactado una contestación a una Encuesta convocada por la Comisión Europea bajo el título 'LIBRO VERDE, Sucesiones y Testamentos'.

g) Ya se han comenzado a recibir *aportaciones de libros* jurídicos para la biblioteca de la Academia. Los primeros donantes han sido la Editorial Dykinson, a través del académico don Francisco Lledó, el Ilustre Colegio de los Registradores de la Propiedad y mercantiles del País Vasco, a través de su vocal en la AVD-ZEA don Germán Barbier.

h) Cabe tomar nota de que la *AVD – ZEA ha aparecido* en los medios escritos de comunicación de Bilbao; el día 18 de mayo de 2005 con una referencia al Presidente de la Academia quien presentaba un libro, y el día 19 de junio de 2005 haciéndose constar de que patrocinaba unos cursos intensivos tributarios organizados por Thomson-Aranzadi.

j) Una vez más se insiste en que los *asociados deberíamos contribuir* más a la aportación de artículos para el boletín. Por cierto que para el mes de octubre se publicará un boletín, el número siete, en euskera, y se está preparado el número ocho para finales de año.

k) Así mismo para la colección “*Clásicos del derecho Vasco – Eukal Zuzenbidearen Klasikoak*” se están *preparando las reediciones* de los libros de Solano y Chalbaud sobre derecho foral.

Javier Oleaga Echeverría

BOLETIN DE INSCRIPCION

A LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

Don/Doña

Que ejerce la carrera de Derecho como

O, en su caso, es Licenciado o Doctor, no ejerciente,

domiciliado en (población) (código postal)

(calle) nº (piso)

Informado de la naturaleza y fines de la ACADEMIA VASCA DE DERECHO, desea inscribirse como socio activo de dicha Asociación, obligándose al cumplimiento de los deberes sociales y al abono de la Cuota anual de 50 Euros.

Firma

Derecho Público

Derecho Privado

Derecho Financiero y Tributario

..... indicar otra Sección que se considere de interés.

Al Banco / Caja de Ahorros

Muy Srs. Míos, les ruego atiendan al pago de los recibos por cuota anual de inscripción en la ACADEMIA VASCA DE DERECHO, con cargo a mi cuenta (por favor, cumplimentar los 20 dígitos):

CCC _____

Firma

Remitir este Boletín a:

ACADEMIA VASCA DE DERECHO, Alameda Recalde, 8 – 1º dcha.

Teléfono 94 425 57 15 – Fax. 94 424 64 99

e-mail secretaria@avd-zea.com

www.avd-zea.com

48009 BILBAO

