

Actualidad Jurídica

ARANZADI

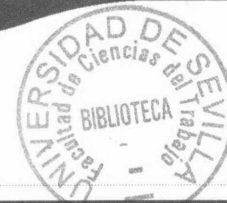
THOMSON
ARANZADI

AÑO XVII • Nº 737

Director: Fernando Biurrun Abad

Subdirectora: Ana Álamo Ayuso

Publica: EDITORIAL ARANZADI, S.A. Camino de Galar, 15 • 31190 Cizur Menor (Navarra)



25 de octubre de 2007
Tu Actualidad Jurídica en la red
www.aranzadi.es

Sumario

- **COMENTARIO** 1
- **COMENTARIO DE LEGISLACIÓN**
Tratamiento de la discapacidad en la nueva Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas 9
- **OPINIÓN**
Las minorías y el derecho a los beneficios 13
- **ESTUDIO**
La criminalización de los accidentes de trabajo 13
- **TRIBUNA**
Improvisaciones y chapuzas en la lucha contra el fraude 3
Otra vez el mercado de alquileres 19
- **LEGISLACIÓN** 17
- **RESEÑAS** 19

Recomendación

Westlaw ES
encuentra

En pg. 20

Estudio

La criminalización de los accidentes de trabajo

Por D. Javier San Martín. Presidente del Consejo General de Graduados Sociales

«Es necesario, que se regule de forma correcta y adecuada la depuración de las responsabilidades derivadas del accidente de trabajo.

En pg. 13

Comentario

Las comunidades de propietarios: ¿espacios sin humo?

Por D.^a Inmaculada Vivas Tesón. Profesora titular de Derecho civil. Universidad de Sevilla

I. Introducción

Si, ya de por sí, es sumamente problemática la vida en una comunidad de propietarios de un edificio o de una urbanización en régimen de propiedad horizontal, por aquello del tan manido aforismo romano *communio est mater discordiarum* o *in communione vel societate nemo compellitur invitus detineri*, y, de acuerdo con nuestro Derecho tradicional de las Leyes de Partidas, que seguían el criterio conforme el cual *las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios*, la situación podría complicarse aún más, si cabe, con la entrada en vigor, el pasado 1 de enero de 2006 (con la salvedad de algunos aspectos de la Ley, vigentes a partir de septiembre de 2006 y enero de 2007; vid. su disp. final 3^a), de la polémica Ley Antitabaco, como es popularmente conocida, con la que España sigue la senda de otros países de la Unión Europea en materia de lucha contra el tabaco, como Irlanda, Malta o Italia (con posterioridad a la Ley española, la más dura contra el tabaco hasta el momento, Bélgica, Reino Unido y

Francia se han sumado a la *Europa sin humos*, y Alemania y Austria, por ahora, son los países más permisivos en cuanto al consumo de tabaco).

La Ley 28/2005, de 26 de septiembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, con el objetivo de hacer disminuir su consumo y proteger, particularmente, la salud de los llamados *fumadores pasivos*, ha dado, sin duda alguna, un vuelco a la vida de los más de diez millones de fumadores españoles, quienes, tras su plena vigencia, han comenzado a sentirse terriblemente perseguidos y acorralados por el recién estrenado rol pseudopolicial de los no fumadores.

Como los grandes amores, los mayores desencuentros, tensiones y disputas suelen surgir con el roce diario fruto de la convivencia, razón por la cual las comunidades de propietarios se convierten, con mayor frecuencia de la que sería deseable, en escenario de innumerables y desagradables batallas, cuyas chispas nacen de

Continúa en pg. 2

Comentario de Legislación

Tratamiento de la discapacidad en la nueva Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas

Por D. Alfredo Romero Gallardo. Juez sustituto de los Juzgados de Corcubión, Muros, Noia y Ribeira (A Coruña)

I. Introducción: la discapacidad en el Derecho español moderno. El principio de transversalidad e incidencia en la normativa autonómica sobre la lectura, los libros y los servicios bibliotecarios

Desde 2003, que fue declarado Año Comunitario de la Discapacidad en la Unión Europea (por Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas [DOCE], Serie L, número [n.º] 335, de 19 de diciembre de 2001), el ordenamiento español ha experimentado un considerable

desarrollo en la mejora y el fortalecimiento de las garantías legales de las personas con alguna deficiencia o minusvalía (física, intelectual o sensorial), construidas sobre el deber de los poderes públicos de amparar los derechos fundamentales y las libertades públicas de estos ciudadanos en situación de vulnerabilidad social, que impone el artículo 49 de la vigente Constitución de 1978 (en adelante, CE).

Este enorme avance jurídico ha sido posible gracias a la asimilación de novedosas tendencias, orientaciones y directrices por parte de

Continúa en pg. 8

Comentario

Viene de página 1

Las comunidades de propietarios: ¿espacios sin humo?

la instalación de un ascensor y el reparto de los consiguientes gastos, una obra de rehabilitación de la fachada o el arreglo de la cerradura de la puerta de entrada principal del edificio, a las que se suma, desde el pasado año, un nuevo conflicto, el del cigarrillo.

Acerca de la posibilidad o no de un vecino de encender y fumarse un pitillo dentro de su comunidad de propietarios, muy poco o nada prevé la Ley Antitabaco, como puede fácilmente comprobarse si se echa un vistazo a sus arts. 7 y 8, preceptos que, generando no pocas dudas de interpretación, son los encargados de establecer, respectivamente, los espacios en los cuales está totalmente prohibido fumar y los espacios en los que sí se puede si se habilita una sala especial de fumadores.

De este modo, se prohíbe absolutamente fumar en todos los centros de trabajo —públicos y privados— salvo al aire libre (así, en principio, está permitido fumar tanto en terrazas, patios o balcones, como en centros de trabajo no cerrados, como una obra en construcción,

una parcela de cultivo o la cubierta de un buque); centros, servicios y establecimientos sanitarios; centros docentes y formativos; centros sociales para menores de 18 años; instalaciones deportivas y lugares de espectáculos públicos cerrados (por tanto, no está vedado fumar en tales lugares si son abiertos o al aire libre, verbigracia, un concierto de música o un cine de verano entre cuyos melómanos y cinéfilos espectadores pueden encontrarse menores de edad, mujeres embarazadas o ancianos con problemas respiratorios); centros comerciales, galerías y grandes superficies; centros de ocio que permitan la entrada a menores de 18 años; centros culturales, bibliotecas, salas de lectura y museos; establecimientos donde se manipulen alimentos; todos los medios de transporte público; ascensores, cabinas telefónicas, cajeros automáticos, etc., y en cualquier otro lugar o centro que su titular así lo decida.

Junto con estos espacios libres de humos, el legislador permite, de manera meramente facultativa para el empresario, la habilitación de zonas para fumadores en ciertos espacios, como centros de atención social de adultos; hoteles, hostales y establecimientos análogos [que podrán reservar hasta un 30% de las habitaciones para sus huéspedes fumadores ex art. 8.2.d) de la Ley]; bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados, con una superficie útil para clientes igual o superior a 100 metros cuadrados y que no se hallen ubicados en el interior de centros o dependencias donde haya prohibición total de fumar (verbigracia, la cafetería de un lugar de trabajo —permitido, en cambio, por los Decretos de Castilla y León, La Rioja y la Comunidad de Madrid, que desarrollan la Ley del Tabaco y que han sido recurridos por el Ministerio de Sanidad— o de un centro sanitario o educativo); salas de fiesta, de juego o de uso público general en los que no se permita la entrada a menores de 18 años; salas de teatro, cine y otros espectáculos públicos que se realicen en espacios cerrados; aeropuertos y estaciones de autobuses, de transporte marítimo y ferroviario y en otros lugares donde no exista prohibición de fumar y su titular así lo decida.

Tales zonas habilitadas *ad hoc* para fumar deberán reunir ciertos requisitos técnicos previstos por la Ley: adecuada señalización, separación física de las demás dependencias y completamente compartimentadas, idóneos sistemas de ventilación independientes y no ser zonas de paso para personas no fumadoras ni permitirse la presencia de menores de 16 años (a la vista de lo cual, los padres que deseen almorzar en un restaurante con sus hijos menores deberán renunciar al placentero cigarrillo o a la comida del mediodía, ¡jo a sus hijos!).

Así las cosas, además de en las zonas habilitadas exclusivamente para fumadores, se consiente fumar al aire libre (de modo que no está prohibido el consumo de tabaco en las zonas infantiles de los parques y plazas en los que juegan nuestros hijos) en bares, pubs y restaurantes de superficie útil destinada a clientes o vi-

sitantes (por tanto, se excluyen la barra y la cocina) inferior a 100 metros cuadrados cuyos propietarios así lo decidan, debiéndose anunciar en la entrada y en la publicidad, así como en los lugares estrictamente privados.

De este modo, repárese en el tremendo absurdo en el cual incurre el legislador: si el bar o restaurante tiene una superficie igual o superior a 100 m², la Ley prohíbe la entrada a la zona de fumadores a los menores de 16 años, pero, en cambio, si su superficie es inferior a 100 m² y se permite fumar, la Ley guarda absoluto silencio en cuanto a la obligación de impedir la entrada en tales establecimientos de hostelería y restauración (de reducidas dimensiones y, por tanto, con mayor concentración de humo) a menores de 16 años.

Si analizamos detenidamente la vasta lista de lugares en los que la Ley impide, total o parcialmente, encender un cigarrillo, podremos comprobar que, respecto a los que guardan relación directa con una comunidad de propietarios, la única previsión normativa es la que prohíbe totalmente fumar en los «ascensores y elevadores» contenida en el art. 7, letra m), la cual, ha de decirse, no es nada novedosa, pues el cartel de *Prohibido fumar* en el ascensor ya estaba previsto en el art. 7.2, letra i), del Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, sobre limitaciones en la venta y uso del tabaco para protección de la salud de la población, que fue modificado por el Real Decreto 1293/1999, de 23 de julio, y que ha sido derogado por la Ley Antitabaco (*vid.* su disp. derog. única).

Con la indicada salvedad, el legislador se ha olvidado, por completo, de las fincas en régimen de propiedad horizontal, provocando, en consecuencia, inmediatas dudas de índole sumamente práctica, a las cuales, a la espera de decisiones jurisprudenciales que afronten y resuelvan exhaustivamente el problema, y lejos de aventurar líneas interpretativas de la norma que no nos competen, nos aproximamos a continuación.

II. Fumar en la comunidad de vecinos

Huelga decir que la convivencia en una comunidad de vecinos plantea una enorme conflictividad, provocada por la falta de entendimiento entre los distintos ocupantes del inmueble, y que, en muchas ocasiones, se debe a una cierta ignorancia de la legislación vigente, de ahí la necesidad de conocer perfectamente nuestros derechos, pero también nuestros deberes con el fin de conseguir un armónico clima condominial.

A partir de enero de 2006, los conflictos vecinales podrían agudizarse entre vecinos fumadores y no fumadores, y ello puede provocar serios problemas de convivencia si no se les da una adecuada solución.

Tras la entrada en vigor de la Ley Antitabaco, tal vez nos hayamos cruzado en el portal, en las escaleras o en el ascensor con un vecino fumador, que va ejerciendo como tal, es decir, fumándose un cigarro (con toda probabilidad, habrá encendido compulsivamente varios en su

Actualidad Jurídica
ARANZADI

REVISTA QUINCENAL

25 de octubre de 2007

AÑO XVII

Número 737

REDACCIÓN

Asesor editorial: Carlos Ochoa Mateo

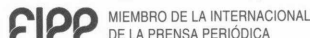
Irene Agorreta Martínez, Jesús Arilla Platero, Izaskun Arratibel Pastor, Teresa Ascunce Izuriaga, Patricia Díaz Álvarez-Maldonado, Javier Garralda Arricivita, Gloria Gaztelu Arrastía, Mabel Inda Errea, Prudencio Landín Martínez, Mariano Pascal Lizarraga, M.ª José Pizarro Maqueda, Iker Roldán Aguirre, Asunción Sola Pascual

Maquetación: Ángel Sanz Montes

Camino de Galar, 15 • 31190 – Cizur Menor
tel: 948 297 297 – fax: 948 297 200

Precio de este ejemplar: 6 euros más IVA

ACTUALIDAD JURIDICA ARANZADI no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas por sus colaboradores, ni mantiene correspondencia sobre originales no solicitados.



Publicación adherida a la APP no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de publicidad inferior al diez por ciento de la paginación total.

Actualidad Jurídica Aranzadi se vende a través de una suscripción anual al precio de 150 euros más IVA.

Los números atrasados de nuestra revista están a disposición de los lectores (salvo ejemplares agotados).

Dirijan sus solicitudes a:

Editorial Aranzadi, S.A.
Camino de Galar, 15
31190 - Cizur Menor (Navarra)
Tel.: 902 444 144

Tribuna

■ Improvisaciones y chapuzas
en la lucha contra el fraude

Por **D. Eugenio Simón Acosta**. Catedrático de Derecho financiero y tributario.

esimon@simonacostaabogados.com

Desde hace años se han ido instrumentando medidas para estrechar el cerco sobre los defraudadores de los impuestos que gravan la renta, la propiedad y el consumo de los bienes inmuebles. La reciente Ley de Prevención del Fraude (Ley 36/2006, de 29/XI) ha endurecido las normas para impedir que se eluda el impuesto sobre la venta de inmuebles mediante la conocida fórmula de aportar el inmueble a una sociedad y vender las acciones o participaciones.

La respuesta legal a estas maniobras ha sido considerar que la toma de una participación de control en una sociedad equivale a venta de inmuebles cuando el activo de la sociedad está constituido mayoritariamente por inmuebles situados en España. Así lo dispuso en 1988 la Ley del Mercado de Valores. La adquisición de participaciones que permiten el control de la sociedad se grava en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Pero ya se sabe que hecha la ley, hecha la trampa: se adquiere primero el 50% de las acciones (adquisición que no es de control y, por tanto, no sujeta) y más adelante se adquiere el otro 50% en una operación que sí está sujeta. De este modo se reduce la tributación a la mitad.

Frente a ello ha reaccionado la Ley de Prevención del Fraude, estableciendo que la base imponible del impuesto será la parte proporcional del valor real de los inmuebles «que corresponda al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención del control». Me temo que no se ha meditado bien lo que se ha querido decir, pero eso no menoscaba la validez ni la vigencia de la norma, al menos mientras el Tribunal Constitucional no lo remedie o el propio legislador no corrija el desaguado.

Esta norma es, a mi juicio, inconstitucional, porque no recae sobre la capacidad económica actual del contribuyente. La «actualidad» como requisito de la capacidad económica gravable es una idea que aparece en cualquier manual elemental de Derecho tributario. No se puede gravar a una persona por la riqueza que tuvo, sino por la que posee en el momento en que se devenga el impuesto. ¿Se puede sostener que la compra de un 1% del capital, realizada por quien ya posee el 50%, equivale a la adquisición *actual* del 51% de los inmuebles poseídos por la sociedad? Es obvio que no o, al menos, no siempre. Si entre la compra de ambos paquetes medió un plazo breve estaremos ante un supuesto que se puede asimilar a la compra del 51% realizada de una sola vez. Pero si el 50% se compró veinte años antes, ¿tiene sentido gravar la nueva adquisición en función el valor real actual de lo que ya se poseía anteriormente?

El sinsentido no acaba aquí. Pensemos, por ejemplo, en que la sociedad no poseyera ningún inmueble cuando el socio adquirió su primer paquete accionario del 50%. Dudo que alguien defienda gravar el valor actual del 51% de los inmuebles de la sociedad en el momento en que el socio adquiere el 1% que le otorga el control de la entidad.

La norma presupone que la adquisición escalonada de la participación de control encubre la intención de defraudar el Impuesto sobre



Foro Aranzadi Salud

El **Foro Aranzadi Salud** es una ambiciosa iniciativa de la **Editorial Aranzadi** que, en colaboración con **EUPHARLAW** e **IBERMUTUAMUR**, posibilita el contacto periódico entre los profesionales del ámbito de las relaciones jurídico-sanitarias y farmacéuticas. En esencia, lo que persigue es mantener al día, de manera sistemática y rigurosa, los imprescindibles conocimientos para actuar en ese cambiante terreno del Derecho de la Salud.

El **Foro Aranzadi Salud** es un lugar de encuentro, formación continua y reflexión conjunta para profesionales del ámbito Jurídico, Farmacéutico y Sanitario. Trata de ofrecer una actualización permanente a través de las novedades legislativas y jurisprudenciales en temas sanitarios, así como profundizar en el análisis de temas específicos que poseen máximo interés en tales ámbitos.

MADRID

Noviembre 2007 - Junio 2008

THOMSON
ARANZADI FORMACIÓN

EUPHARLAW
European Pharmaceutical Law Group

IBERMUTUAMUR

Si desea recibir más información, póngase en contacto con nosotros.
Teléfono: 948 297 185. E-mail: aranzadi.formacion@aranzadi.es
www.aranzadi.es/aranzadiformacion

Tribuna

Viene de página 3

Improvisaciones y chapuzas en la lucha contra el fraude

Transmisiones, pero esta suposición tampoco es correcta, porque puede haber sucedido que el primer paquete se adquiriese por herencia, en cuyo caso el titular tributó ya por la adquisición indirecta de los inmuebles en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. ¿Es constitucional exigirle otro

impuesto por la misma adquisición? La lucha contra el fraude es un loable objetivo, del que no pueden abdicar los responsables de la Hacienda Pública, pero no sirven soluciones precipitadas y chapuceras. Hace falta, en el ámbito tributario, un órgano similar a la Comisión de Codificación que

aporte al legislador reflexión, reposo y algún punto de vista distinto del político (excesivamente preocupado por la imagen) y del de los funcionarios, cuyo interés natural es el de mejorar objetivos (léase recaudación) con el mínimo esfuerzo, dicho sea sin ningún ánimo de reproche. ■

Comentario

Viene de página 2

Las comunidades de propietarios: ¿espacios sin humo?

regreso a casa del trabajo —en donde no ha podido fumar durante horas—, pues está profundamente inmerso en las caladas del pitillo y no hemos sabido qué hacer, qué cara ponerle, no sea que al decirle que no se debe fumar, tengamos un problema, uno más a añadir a la disputa que mantuvimos en la última junta de propietarios (¿echamos más leña al fuego?). Tosemos, pero nada que hacer, así que, con el temor de deteriorar aún más nuestra relación vecinal, con las ulteriores consecuencias que ello puede acarrear, hemos solventado la situación poniendo a prueba nuestra capacidad de autocontrol y respirando involuntariamente el humo del pitillo de nuestro adorable vecino, con el único deseo de atravesar, lo antes posible, la puerta de casa.

Pero, un momento, ¿estamos obligados a respirar el humo del cigarrillo del vecino?; de otro modo, ¿es aplicable la Ley Antitabaco a las fincas en régimen de propiedad horizontal? La respuesta a la pregunta no es sencilla.

1. Echar un pitillo en los elementos privativos

Tal y como puede deducirse del art. 396 CC y el art. 3 de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, reformada en 1999 (en adelante, LPH), los elementos privativos se caracterizan porque su aprovechamiento o utilización está exclusivamente reservada a cada vecino (propietario u ocupante a título distinto del de propietario, verbigracia, usufructuario, habitacionista, comodatarío, prearista y, por supuesto, arrendatario).

Pues bien, haciendo salvedad de los pisos y locales en los cuales se desarrolle una actividad profesional o empresarial (verbigracia, despacho profesional, oficina, consulta médica, etc.), pues al constituir centros de trabajo, existe, *ex lege*, prohibición absoluta de fumar, y siempre que el estatuto de la comunidad (debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad) no haya dispuesto lo contrario *ex art. 5 LPH*, en los espacios privativos no está vedado el consumo de tabaco.

Sin embargo, sabemos que, cuando vivimos rodeados de vecinos, no podemos exigir lo mismo que cuando lo hacemos en una casa aislada, puesto que el régimen de propiedad horizontal comporta una peculiar concurrencia de derechos absolutamente idénticos, pero cierto es que ello tampoco nos obliga a soportar cualquier comportamiento, esto es, cada uno puede ejercitar su derecho de propiedad sin menoscabar o perjudicar los derechos dominicales de los demás, razón por la

cual la LPH, al regular las llamadas *relaciones de vecindad*, con el fin de conseguir una equilibrada y pacífica coexistencia entre vecinos, nos protege de actos de inmisión que puedan exceder del límite normal de tolerabilidad para los demás ocupantes del inmueble (*inmissio in alienum*) y que, por consiguiente, no están permitidos.

A tenor de su art. 7.2, «al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas».

De este modo, podría llegar a cuestionarse si el humo del cigarrillo (representémos el supuesto de que se difundiera en todos los pisos y locales del edificio a través del sistema de aire acondicionado centralizado) puede ser considerado como una actividad molesta o insalubre (*vid. su definición en art. 3, pfo. 1º del Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas*), equiparable a situaciones como la de poner música con volumen excesivamente elevado hasta altas horas de la madrugada (SAP Madrid, Sección 20, de 28 de junio de 2006 [JUR 2006, 9260]), el ruido y fuerte olor de los excrementos de animales (SAP Barcelona de 3 de diciembre de 1996 [AC 1996, 2418], SAP Huelva, Sección 2ª, de 8 de octubre de 2005 [JUR 2005, 52131] y SAP de León, Sección 2ª, de 11 de enero de 2007 [JUR 2007, 59868]), desarrollo de un negocio de «relax» con oferta de servicios por parte de «travestis» (SAP Barcelona, Sección 1ª, de 10 de abril de 2006 [JUR 2006, 249354]) o falta de condiciones de higiene mínimas en un «piso-patera», etc., labor calificadora que no corresponde, naturalmente, al vecino incomodado, sino a la autoridad judicial que, en el caso concreto, será, finalmente, (tras seguirse los pasos fijados por el art. 7.2 LPH), quien decida si la actividad desarrollada genera una perturbación de carácter grave y continuada para la normal convivencia en comunidad, haciéndolo constar claramente en su sentencia (exigencia de la LPH), junto con una posible determinación de una indemnización de daños y perjuicios que proceda e, incluso, la privación del derecho de uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años (acerca de tal sanción civil, *vid. STC de*

21 de octubre de 1993 [RTC 1993, 301], comentada por SÁNCHEZ GONZÁLEZ en *RDPat*, núm. 4, 2000) o tratándose de un inquilino, la extinción de sus derechos relativos a la vivienda o local y la obligación de desalojar el inmueble.

Está claro que para que una concreta inmisión pueda ser incluida en el supuesto de hecho previsto por el art. 7 LPH debe reunir ciertos requisitos: que sea calificada con un cierto grado de objetividad; que se trate de una actividad, lo que implica cierta reiteración o continuidad temporal de la realización de actos singulares (*vid. SSTS de 22 de diciembre de 1970 [RJ 1970, 5625] y de 22 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3724] y SAP Barcelona, Sección 13ª, de 3 de diciembre de 1996 [AC 1996, 2418]*); y que la molestia sea notoria y ostensible, esto es, no basta una pequeña dificultad o trastorno, sino que se exige que supere los límites de la normal razonabilidad o tolerabilidad, en atención a las circunstancias del caso concreto (se trata ésta de una cuestión eminentemente casuística, pues es imposible fijar, de manera apriorística, el umbral de la tolerabilidad, traspasado el cual una inmisión es considerada ilícita).

Por cuanto concretamente aquí nos interesa, creemos muy conveniente subrayar que la valoración de la tolerabilidad o intolerabilidad de una inmisión compete exclusivamente a la autoridad judicial, lo que implica la existencia de un amplio margen de discrecionalidad y opinabilidad, íntimamente unidas a la específica sensibilidad del juzgador en relación con el concreto litigio que debe enjuiciar: considerar o no una actividad molesta o insalubre el humo del cigarrillo podría, tal vez, depender del hecho de que el juez sea fumador activo o pasivo.

Tras lo visto, consideramos que la determinación del humo del cigarrillo en los espacios privativos como acto perturbador o dañoso para los restantes ocupantes del inmueble podría encontrar solución legal en la normativa sobre inmisiones en la propiedad ajena, pero no en la Ley Antitabaco.

2. Las zonas comunes: ¿prohibido fumar?

Por oposición al concepto de elemento privativo, los elementos comunes son los espacios que no están atribuidos privativamente y que están afectos al común uso o utilización de los copropietarios (u ocupantes), lo que conlleva, necesariamente, la obligación de respetar las instalaciones generales de la comunidad y

Comentario

Viene de página 4

Las comunidades de propietarios: ¿espacios sin humo?

demás elementos comunes, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando, en todo momento, que se causen daños o desperfectos ex art. 9.1.a) LPH.

Conforme al art. 396 CC, son todos los necesarios para el adecuado uso y disfrute del inmueble, precepto que, tras su reforma por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Propiedad Horizontal, contiene, como es más que sabido, una enumeración meramente enunciativa o *numerus apertus*.

Entre los elementos comunes se encuentran los elementos físicos, estructurales y constructivos comunes (suelo, pilares, cimientos), las instalaciones, conducciones y canalizaciones generales (desagües generales, instalación eléctrica general), los locales y espacios comunitarios (locales sociales, salas de reuniones, escaleras, pasillos, portal, azotea, piscina, espacios deportivos comunitarios) y las servidumbres.

Naturalmente, tan sólo nos referiremos aquí a aquellos espacios comunes de uso común, en los que, por su naturaleza y características, se puede plantear la posibilidad o no de fumar un pitillo.

a) Las zonas al aire libre

La cuestión parece encontrar fácil respuesta en relación con los elementos comunes al aire libre, como azoteas, balcones no techa-

«La tolerabilidad o intolerabilidad de una inmisión compete exclusivamente a la autoridad judicial, lo que implica la existencia de un amplio margen de discrecionalidad y opinabilidad, íntimamente unidas a la específica sensibilidad del juzgador en relación con el concreto litigio que debe enjuiciar: considerar o no una actividad molesta o insalubre el humo del cigarrillo podría, tal vez, depender del hecho de que el juez sea fumador activo o pasivo.»

dos, piscina, patios, zonas ajardinadas, etc., donde se podrá fumar en general, salvo que la comunidad de propietarios disponga lo contrario en sus estatutos.

b) Los espacios cubiertos

Dejando a un lado la única previsión de la Ley Prevención del Tabaquismo en lo que a esta materia en concreto se refiere, la prohibición total de fumar en los ascensores y elevadores, así como en la portería (por tratarse de un lugar de trabajo), la situación a plantear es si nuestro vecino del segundo puede o no fumarse un cigarrillo en el portal, en las escaleras (produciendo el consiguiente efecto *chimenea* hacia los pisos más altos del edificio), en salas de reuniones o en el aparcamiento subterráneo de nuestro edificio.

Tales espacios comunes no están comprendidos en los arts. 7 y 8 de la Ley Antitabaco, y tampoco nuestros tribunales se han pronunciado aún al respecto (las únicas sentencias dictadas en relación con el consumo del tabaco en las comunidades de propietarios versan sobre responsabilidad por daños causados por incendios debidos a descuidos involuntarios de cigarrillos encendidos), razón por la cual la jurisprudencia no arroja luz alguna en relación con la concreta cuestión que abordamos.

Reflexionemos, con suma brevedad, en torno a posibles argumentos que pueden esgrimirse a favor o en contra de la prohibición de fumar en los elementos comunes cerrados de las comunidades de propietarios.

b.1) La tutela de la salud de los no fumadores

La nueva normativa sobre limitaciones en el uso del tabaco, dada la indudable dimensión del problema a la vista de los datos científicos sobre los riesgos para la salud de los no fumadores y de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Sanidad, declara al tabaco sustancia nociva para la salud de la persona, con el fin de tutelar y garantizar el derecho a la salud del fumador pasivo, principio este inspirador de la Ley de Prevención del Tabaquismo. El bien

Realiza tu pedido en el Centro de Atención al Cliente: 902 444 144

Colección Revistas Aranzadi

- Derecho y Nuevas Tecnologías
PVP s/IVA: 257,37 € • PVP Oferta s/IVA: 128,69 €
- Derecho Ambiental
PVP s/IVA: 220,21 € • PVP Oferta s/IVA: 110,11 €
- Derecho Patrimonial
PVP s/IVA: 220,21 € • PVP Oferta s/IVA: 128,69 €
- Urbanismo y Edificación
PVP s/IVA: 220,21 € • PVP Oferta s/IVA: 128,69 €
- Derecho de Sociedades
PVP s/IVA: 220,21 € • PVP Oferta s/IVA: 128,69 €
- Derecho y Proceso Penal
PVP s/IVA: 220,21 € • PVP Oferta s/IVA: 128,69 €
- Quincena Fiscal
PVP s/IVA: 249,41 € • PVP Oferta s/IVA: 124,71 €
- Derecho de Deporte y Entretenimiento
PVP s/IVA: 220,21 € • PVP Oferta s/IVA: 128,69 €
- Revista Aranzadi Unión Europea
PVP s/IVA: 242,11 € • PVP Oferta s/IVA: 121,06 €

Colección Revistas Civitas

- Revista Española de Derecho Administrativo
PVP s/IVA: 90,48 € • PVP Oferta s/IVA: 45,24 €
- Revista Española de Derecho del Trabajo
PVP s/IVA: 121,43 € • PVP Oferta s/IVA: 60,72 €
- Revista Española de Derecho Financiero
PVP s/IVA: 90,48 € • PVP Oferta s/IVA: 45,24 €
- Anuario de Derecho Concursal
PVP s/IVA: 178,46 € • PVP Oferta s/IVA: 89,23 €
- Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
PVP s/IVA: 111,36 € • PVP Oferta s/IVA: 55,68 €
- Revista Española de Derecho Europeo
PVP s/IVA: 117,55 € • PVP Oferta s/IVA: 58,77 €

Colección Revistas Aranzadi
Colección Revistas Civitas

50%
dto*

Los mejores análisis, los autores de mayor prestigio, su profundidad de contenidos y un carácter completo y equilibrado convierten a esta nueva colección en la guía por excelencia para conseguir una **visión de conjunto** sobre un tema y la base de creación de tu criterio de decisión.

Para todos los profesionales que sabéis lo que necesitáis, ahora Thomson-Aranzadi os ofrece un **50% de descuento** al suscribiros a cualquiera de nuestras revistas.

(*) Descuento válido para nuevas suscripciones, realizadas hasta el 30 de noviembre de 2007, y aplicable durante el primer año de suscripción.

Comentario

Viene de página 5

Las comunidades de propietarios: ¿espacios sin humo?

jurídico protegido es, pues, la salud del fumador pasivo, en la óptica de salvaguardar la salud pública garantizada por el art. 43 CE.

Así las cosas, a favor de la prohibición en los espacios comunes de la comunidad de propietarios podría esgrimirse la tutela del bienestar de los vecinos no fumadores, pues, conforme a la *ratio* de la Ley Antitabaco, en caso de conflicto, ha de prevalecer siempre el derecho a la salud de los no fumadores sobre el derecho de los fumadores.

Sin embargo, la interpretación (que corresponde, exclusivamente, a los tribunales de justicia) finalista o teleológica de la nueva disciplina sobre el consumo de tabaco, en nuestra opinión, conduciría a concluir que el legislador se preocupa por proteger el derecho de los no fumadores sólo en ciertos sitios, pero no en todos, pues, ¿acaso no tienen derecho a la salud los no fumadores en la vía pública, en un espectáculo al aire libre o en una pequeña tasquita y, sin embargo, no está prohibido *ex lege* fumar en tales lugares?

Téngase presente que, como recuerda la STS de 24 de abril de 1990 (RJ 1990, 3333), «la interpretación finalista preconizada por el art. 3.1 del Código Civil no puede nunca llegar a autorizar al intérprete para modificar o inaplicar una norma, puesto que lo máximo permitido es suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego, mas nunca llegar a alterar, radicalmente, su contenido positivo o negativo, permisivo o prohibitivo».

b.2) La solución italiana

Italia, tras recorrer un largo camino en la prevención del tabaquismo, se ha convertido en un indudable punto de referencia para otros países, entre ellos, cómo no, España.

Insertándose en un amplio y severo cuadro normativo antitabaco, el art. 51 de la Ley n. 3/2003, de 16 de enero (*Gazzetta Ufficiale 20 gennaio 2003, n. 15*), relativa a la tutela de la salud de los no fumadores, que entró plenamente en vigor el 10 de enero de 2005, prevé la prohibición general de fumar en los lugares cerrados, a excepción de: a) los privados no abiertos a usuarios o al público; b) los reservados a fumadores y señalizados como tales, dotados de instalaciones de ventilación y renovación del aire y específicas características estructurales.

Las palabras genéricas con las que el legislador formulaba la prohibición de fumar en los lugares cerrados suscitó, de inmediato, dudas exegéticas en torno al concreto ámbito de la misma, de modo que, con el fin de solventarlas, el ministro de la Sanidad, mediante una Circular de 17 de diciembre de 2004 (*Gazzetta Ufficiale 23 Dicembre 2004, n. 300*), realizó unas aclaraciones e indicaciones interpretativas relativas a la amplitud de los términos legales utilizados. Tras recordar el ministro, ante todo, que el fin primordial que

persigue la normativa antitabaco italiana es la tutela de la salud de los no fumadores y que el humo del tabaco es la causa de muerte prematura y previsible más importante en Italia, y que representa uno de los más graves problemas de sanidad pública a nivel mundial, se inclina por la máxima extensión posible de la prohibición de fumar, que, como tal, debe ser considerada general, con la única exclusión de las excepciones expresamente previstas.

En consecuencia, la prohibición de fumar encuentra aplicación en todos los lugares cerrados, públicos o privados, abiertos a los usuarios o al público, con lo que se da la máxima extensión al ámbito de la prohibición de fumar: en todos los lugares, salvo en las casas y en los abiertos al aire libre.

En la enumeración ejemplificativa de lugares cerrados públicos y privados accesibles al público en los que se prohíbe totalmente fumar, la Circular ministerial no cita los espacios comunes condominiales, si bien sobre ellos se da una respuesta meramente informal en el sitio web del propio Ministerio (www.ministerosalute.it), con ocasión de una pregunta frecuente (FAQ): la prohibición de fumar se aplica a todos los espacios comunes cerrados, como las escaleras, el ascensor, etc., mientras sólo las habitaciones privadas y los lugares abiertos están exentos de aquélla.

En consecuencia, la prohibición afecta a cualquier actividad pública o privada que se desarrolle mediante el uso de lugares cerrados (esto es, privados de unión continua con la atmósfera externa) y abiertos al público (es decir, aquéllos a los cuales la generalidad de los usuarios puede acceder sin formalidad y sin necesidad de un particular permiso, en los horarios establecidos), de modo que sólo quedan excluidos de la prohibición de fumar las residencias privadas, los lugares abiertos y las zonas habilitadas para fumadores en aquéllos en los que está vigente la prohibición.

Nos parece harto difícil trasplantar a España la norma italiana y su singular interpretación ministerial, pues, a nuestro entender, las zonas comunes del condominio son espacios privados no abiertos al público general. Por mucho que consideremos la presencia en ellos del cartero, la empleada de la limpie-

za, el técnico del ascensor, el personal de la compañía del gas cuando viene a hacer la revisión, los pacientes de la clínica dental del tercero, etc., no puede llegar a considerarse una comunidad de propietarios un lugar privado abierto al público.

Tales personas, ajenas a la comunidad de vecinos, son plenamente conscientes de la índole privada de los elementos y servicios comunes. Se trata de espacios privados donde transitan personas que residen en el edificio, invitados de sus residentes u otros sujetos en el desarrollo de su actividad laboral que no tienen libre acceso a él, de manera que no podemos considerar que una comunidad de propietarios sea un lugar abierto al público, como tampoco lo es nuestra casa, que, por celebrar una fiesta o hacer una representación teatral en ella, no pasa a ser directamente considerada un lugar privado destinado al público como si de una tienda, restaurante o discoteca (que tienen establecido un determinado horario al público en el que, consiguientemente, puede velarse por el cumplimiento de la Ley) se tratase.

Es más, es perfectamente posible restringir e, incluso, prohibir el acceso a través del zaguán a establecimientos públicos, limitando el uso de aquél, común y exclusivo, a los vecinos para acceder a sus viviendas privadas conforme a las legítimas facultades que vienen reconocidas a la junta de propietarios por el art. 14.d) y e) LPH, restricciones plenamente justificadas por la necesidad de articular los derechos e intereses de la pluralidad de partícipes del peculiar régimen de propiedad horizontal.

Se trata, pues, de espacios privados de uso no público en los cuales no está legalmente prohibido fumar, de modo que, al igual que en nuestra casa, cuando alguna persona extraña a la comunidad de propietarios quiere fumar, debería pedir permiso para ello a los vecinos.

b.3) ¿Aplicación analógica de una norma prohibitiva y sancionadora?

Dada la falta de específica previsión legal en cuanto a la prohibición o no de fumar en los espacios comunes de las comunidades de propietarios, podría pensarse en la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 8.2, letra e) *in fine*, de la Ley Antitabaco (por ello se inclina el departamento jurídico de la Editorial Sepín), que, refiriéndose a los lugares en los cuales se permite habilitar una zona de fumadores, dispone lo siguiente: «e) En los establecimientos en los que se desarrollen dos actividades, separadas en el espacio, de las enumeradas en este artículo, la superficie útil se computará para cada una de ellas de forma independiente, excluyendo del cómputo las zonas comunes y de tránsito, en las que, en ningún caso, se permitirá el consumo de tabaco» (la cursiva es nuestra), lo que conduciría a determinar que en el zaguán, pasillos, escaleras, etc., está vedado fumar.

«Nos parece harto difícil trasplantar a España la norma italiana y su singular interpretación ministerial, pues, a nuestro entender, las zonas comunes del condominio son espacios privados no abiertos al público general. Por mucho que consideremos la presencia en ellos del cartero, la empleada de la limpieza, el técnico del ascensor, el personal de la compañía del gas cuando viene a hacer la revisión, los pacientes de la clínica dental del tercero, etc., no puede llegar a considerarse una comunidad de propietarios un lugar privado abierto al público.»

Comentario

Viene de página 6

Las comunidades de propietarios: ¿espacios sin humo?

Asimismo, podríamos encontrar alguna similitud con lo dispuesto por la Ley para los hoteles u hostales [artículo 8.1.b)] o en la imposibilidad de habilitar zonas para fumadores cuando se trate de zonas de paso obligado para personas no fumadoras.

Sin embargo, nos encontramos con una norma de índole estrictamente administrativa, prohibitiva y sancionadora: de un lado, las leyes prohibitivas no pueden interpretarse extensivamente, siendo los cánones de interpretación ajustados a las mismas los de interpretación literal y sistemática, por cuanto allí donde el sentido del texto sea dudoso debe regir el principio *in dubio pro libertate*; de otro, como es sabido, en el ámbito sancionador (concretamente, para el Derecho administrativo sancionador, *vid.* la STC 18/1981, de 8 de junio [RTC 1981, 18], y el art. 129.4 de la Ley 10/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), está expresamente vedada la posibilidad de recurrir a la analogía (pese a que el artículo 4.2 Código Civil tan sólo se refiere, junto con las excepcionales y temporales, a las normas penales).

«Partiendo de la convicción de que siempre es mejor educar que prohibir, apostamos por la educación, el civismo y el respeto al prójimo.»

III. Consideraciones conclusivas

Conforme al sucinto análisis de algunos de los distintos argumentos que técnicamente pueden argüirse en torno al problema de subsunción de la comunidad de propietarios en el supuesto de hecho de la norma en estudio, nuestra conclusión es relativamente descorazonadora para los no fumadores: la Ley Antitabaco no encuentra aplicación a los espacios comunes (con la salvedad del ascensor) de las comunidades de vecinos, en los que existe libertad de fumar.

Así las cosas, a la espera de decisiones judiciales que arrojen luz sobre la problemática aquí planteada y de que se produzca una mayor concreción legislativa que ayude a los tribunales a dictar sentencias (lo que sería de agradecer, pues la Ley ha dejado muchos flecos, aparte de éste, sin concretar, lo que genera incertidumbre), lo más sensato, a nuestro entender, es someter dicha cuestión a deliberación y votación en la junta de propietarios convocada al efecto con el fin de

adoptar el acuerdo de prohibición absoluta de fumar o, si ello fuera posible, de veto relativo del consumo de tabaco con diferenciación de zonas de comuneros fumadores y no fumadores. Tratándose, pues, de una propiedad privada, son los propietarios los únicos que tienen potestad para decidir, lo que es conforme con lo dispuesto por el art. 7.s) de la Ley Antitabaco: «En cualquier otro lugar en el que, por mandato de esta Ley o de otra norma, o por decisión de su titular, se prohíba fumar». Naturalmente, es aplicable al supuesto concreto el art. 7 LPH en relación con las actividades molestas o insalubres, pero las dificultades, sobre todo, probatorias para lograr la declaración judicial como actividad molesta la de fumar, hacen más aconsejable, en la práctica, establecer una prohibición convencional por los comuneros de fumar en las zonas comunes del edificio sobre la base del compromiso del deber de guardar unas adecuadas normas de convivencia comunitaria. De todos modos, partiendo de la (tal vez ingenua) convicción de que siempre es mejor educar que prohibir, apostamos por la educación, el civismo y el respeto al prójimo (tanto si fuma como si no); si éstos brillan por su ausencia, es completamente inútil esperar que sea respetada una prohibición legal.

Una última precisión: no fumo. ■

Comentario de Legislación

Viene de página 1

Tratamiento de la discapacidad en la nueva Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas

la política legislativa contemporánea en materia de discapacidad, dirigidas prioritariamente a la supresión de obstáculos y prácticas discriminatorias, al logro de la plena accesibilidad y a la igualdad de trato de una minoría muy heterogénea, que supera los tres millones y medio de afectados en España (Instituto Nacional de Estadística [INE], «Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de la Salud 1999. Resultados nacionales detallados», Madrid, diciembre 2002).

A resultados de la adopción de tales novedosos enfoques, fueron promulgadas tres importantes normas con rango de ley ordinaria que, además de contribuir a la renovación del marco regulador del fenómeno de la discapacidad en el ámbito del Estado, han influido notablemente en la legislación propia de las comunidades autónomas: a saber, la Ley 41/2003, de 13 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (Boletín Oficial del Estado [BOE], n.º 277, de 19 de noviembre de 2003); la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (BOE n.º 289, de 3 de diciembre de 2003); y la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre Empleo Público de Discapacitados (BOE n.º 296, de 11 de diciembre de 2003).

De ellas sobresale la mencionada Ley 51/2003 (en adelante, LIONDAU), nacida con el

fin de complementar a la primera ley democrática española que se dictó para la defensa del colectivo discapacitado (la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, también conocida por su acrónimo LISMI, que todavía continúa en vigor [BOE n.º 103, de 30 de abril de 1982; ha sufrido varias reformas]), y que se erige en el motor impulsor de la más reciente normativa reguladora de esta relevante problemática social, que parte de un nuevo modo de entender las discapacidades y a quienes las padecen, en sintonía con los tiempos actuales.

Con arreglo al artículo 1.º, apartado 2, párrafo inicial de la LIONDAU, entrarán bajo el concepto de *personas con discapacidad* «aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%», quedando igualmente comprendidos dentro de este grupo tanto «los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez», como «los pensionistas de las clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Hoy en día, el proceso administrativo para obtener el reconocimiento, la declaración y la calificación del grado de minusvalía en España se halla regulado por el Real Decreto

1971/1999, de 23 de diciembre (BOE n.º 22, de 26 de enero de 1999; posteriormente modificado por el Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre [BOE n.º 238, de 4 de octubre de 2003]). Tampoco cabe olvidar el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la citada LIONDAU (BOE n.º 300, de 16 de diciembre de 2006), donde se señalan los documentos que acreditarán de forma oficial el grado de minusvalidez igual o superior al 33% (*vide* su artículo 2.º).

Por otro lado, la LIONDAU se inspira en una serie de principios esenciales (vida independiente, normalización, accesibilidad universal...), entre los cuales conviene resaltar aquí el principio de *transversalidad de las políticas en materia de discapacidad*, que es definido por la letra f) de su artículo 2º: con arreglo a la misma, las actuaciones que lleven a cabo las Administraciones públicas no se limitarán a planes, programas y acciones pensados en exclusiva para los individuos con minusvalías, sino que también se extenderán a «las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de la actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad».

El objeto del presente trabajo consiste en exponer únicamente aquellos aspectos de la nueva Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura