

JADO

Boletín de la Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria

In memoriam
Javier de Oleaga Echeverría

AÑO XII. NÚMERO 24
XII. URTEA. 24. ZENBAKIA

JUNIO / EKAINA
2013



ACADEMIA VASCA DE DERECHO
ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA

JADO es el boletín de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia. Se edita con carácter semestral, y recoge los trabajos y actividades de la Academia. La correspondencia con JADO debe dirigirse a la Secretaría de la misma.

Alameda Recalde, 8, 1º, dcha.
48009 – Bilbao
secretaria@avd-zea.com

JADO da Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria. Sei hilik behin argitaratzen da, eta bertara biltzen dira akademiaren lanak eta jarduerak. JADO aldizkariarekin posta trukez aritzeko, akademiaren idazkaritzara jo behar da.

Recalde zumarkalea, 8. zk., 1, eskuina
48009 – Bilbo
secretaria@avd-zea.com

El contenido del boletín se halla publicado en formato informático en www.avd-zea.com.

Aldizkariaren edukia euskarri informatikoan argitaratuta dago, www.avd-zea.com webgunean.

ENVÍO DE ORIGINALES, SUSCRIPCIONES, PEDIDOS E INTERCAMBIOS:
JATORRIZKOAK, HARPIDETZAK, ESKAERAK ETA TRUKATZEAK BIDALTZEKO:

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia
Recalde zumarkalea, 8. zk., 1, eskuina – 48009 Bilbo
Tlf.: 94 425 57 15 secretaria@avd-zea.com

Diseño / Diseinua
www.ikeder.es

ESTA REVISTA SE INCLUYE SISTEMÁTICAMENTE EN LAS BASES DE DATOS DIALNET Y LATINDEX
ALDIZKARI HAU “DIALNET” ETA “LATINDEX”IZENeko DATU-BASEETAN BARRURATUTA DAGO

SUMARIO / AURKIBIDEA / TABLE OF CONTENTS

PRESENTACIÓN / AURKEZPENA

[5-6] ADRIÁN CELAYA IBARRA

EVOCACIONES / GOMUTAK / REMEMBER

- [9-11] OLEAGA PÁRAMO, Nazario De: *Homenaje a Javier Oleaga Echeverría.*
- [13-15] URRUTIA BADIOLA, Andrés: *Un jurista euskaldun, Javier Oleaga Echeverría.*
- [17-23] GRUPO DE ESTUDIO DEL DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BIZKAIA: *Javier Oleaga Echeverría, In memoriam.*
- [25-32] MONASTERIO ASPIRI, Itziar: *En homenaje a D. Javier Oleaga Echeverría.*

ESTUDIOS / AZTERLANAK / FIELD STUDIES

- [35-62] ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo De: *Apunte sobre la "circulación" del dinero electrónico.*
- [63-80] ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier: *Alarguntasun-pentsioa eta izatezko bikoteak: Izatezko bikotea izatea eta izatezko bikotea badela egiaztatzea aurrealdintza gisa.*
- [81-96] ATXABAL RADA, Alberto: *La reciente reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y sus consecuencias en el Derecho civil foral vasco.*
- [97-129] FERNÁNDEZ BILBAO, Jesús: *Troncalidad y actos jurídicos neutros.*
- [131-143] GALLASTEGI ARANZABAL, César: *Bizkaiko Diputazio Probintzialaren mezu elebiduna.*
- [145-167] GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa y MONJE BALMASEDA, Oscar: *La atribución voluntaria de ganancialidad en el régimen económico matrimonial de comunicación foral de bienes.*

- [169-183] IRIARTE ÁNGEL, José Luis: *Parejas de hecho, constitución y conflictos de leyes internos. reflexiones acerca de la sentencia del tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000).*
- [185-193] IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja: *El problema de la interacción entre las sucesiones y las donaciones con elemento internacional a la luz de la norma de conflicto.*
- [195-216] LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago: *Encaje constitucional, estatutario y legal del concierto económico como actualización de los derechos históricos.*
- [217-233] LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune: *Trata de esclavos y País Vasco: ¿Participó la sociedad vasca en el comercio trasatlántico de esclavos?*
- [235-251] LLAMOSAS TRÁPAGA, Aida: *El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: una nueva modalidad de reducción de jornada.*
- [253-267] OLEAGA PÁRAMO, Ramón de: *Estructura internacional del Señorío en la cartografía histórica de Bizkaia.*
- [269-287] RODRÍGUEZ ELORRIETA, Nahiara: *Arbitraje obligatorio como posible solución a los conflictos laborales bloqueados.*
- [289-299] SANZA AMURRIO, Jesús María: *A propósito de una escritura de la Llanada Alavesa.*
- [301-334] URRUTIA BADIOLA, Andrés: *Between law and language: notarial terminology in the Basque language.*
- [335-347] ÁLBUM DE IMÁGENES / IRUDIEN SAILA / IMAGES
- [349-362] NORMAS DE PUBLICACIÓN / ARGITALPENERAKO ARAUAK / PUBLICATION STANDARDS
- [363-372] PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO / ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN ARGITALPENAK / PUBLICATIONS LIST OF THE BASQUE ACADEMY OF LAW

PRESENTACIÓN / AURKEZPENA

ADRIÁN CELAYA IBARRA

Presidente de la AVD/ZEA

Como presidente de la *Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia* quiero dedicar unas palabras a la memoria de quien fue amigo, cofundador y compañero en nuestra Academia, don Javier de Oleaga Echeverría. Su dedicación al cargo de secretario fue ejemplar, atento siempre a las vicisitudes de nuestra institución.

Cumplió así el encargo que recibió de su padre, don Nazario de Oleaga, y de su hermano, don Jesús de Oleaga, a quienes tuve la fortuna de conocer y tratar, especialmente a este último. Javier seguía la estela de su familia en la defensa de los rasgos del país, tales como su lengua y su derecho propio a través de instituciones como la Academia o la *Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País*. Lo hizo siempre con bonhomía y amistad, sin estridencias pero con firmeza.

Por eso este es un número de la revista *JADO* dedicado a la memoria de Javier de Oleaga Echeverría, miembro de la *Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia*. Es un homenaje desde el cariño y la amistad, por lo que en el Consejo de Redacción hemos decidido exceptuar en este caso las normas de recepción y análisis de los materiales a publicar, para que el mayor número de juristas pudieran ofrecer su participación en este homenaje, que quiere ser cálido y cercano. Javier así lo merecía. Esperemos haber cumplido con su recuerdo y su figura.

Zenbaki honen helburua Javier de Oleaga Echeverría zena gogoratzea da. *Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia* lankide eta adiskide izan genuen eta horrengatik aldizkariaren zuzendaritzak hobetsi du oraingoan jatorrizko testuak hartzeko eta ebaluazio prozesuan sartzeko arauak baino, zabalago jokatu, ahalik eta legelari gehienen partaidetza eskuratzeko. Halaxe, izan ere, Javier zenaren omenaldia hurbilago eta beroagoa gertatuko delakoan gaude.

EVOCACIONES

GOMUTAK

REMEMBER

Homenaje a Javier Oleaga Echeverría

NAZARIO DE OLEAGA PÁRAMO

Abogado y Miembro de la Junta Directiva de la AVD/ZEA

A través de las páginas de este Boletín “Jado” se irán exponiendo las distintas facetas de Javier Oleaga, sustancialmente desde un punto de vista profesional y de conocedor del Derecho, especialmente del Derecho Foral vizcaino, así como leeremos artículos sobre temas jurídicos y culturales que él trabajó durante su vida.

Y así es, dedicó mucho tiempo de su vida a estudiar y difundir nuestro derecho civil propio, a través de su trabajo profesional, pero también, y esencialmente, mediante su participación en la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País y, en los últimos años, desde su fundación, a través de la Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademia, de cuya Junta de Gobierno era Secretario.

Pero, aun consciente de la trascendencia que para los estudiosos del tema puedan tener sus aportaciones en estos ámbitos, yo quisiera detenerme en facetas más personales de la vida y de los hechos de Javier Oleaga, porque para mí, reconociendo la importancia de sus contribuciones en el campo jurídico, son más sugestivas las enseñanzas vitales que nos transmitió.

Porque, siendo cierto que Javier Oleaga fue una persona cordial y un significativo profesional del Derecho, fundamentalmente fue un gran padre. Para mí y para mis siete hermanas y hermanos.

Es esta perspectiva la que quiero desarrollar en estas líneas apresuradas.

A lo largo de sus 82 años de vida, Javier Oleaga, nuestro padre, fue el prototipo de los mejores valores que adornan tradicionalmente a los vizcaínos: honrado, trabajador, estudioso, perseverante y diligente, sin darse jamás importancia por ello.

Provenía, es cierto, de una familia que, como la mayoría en nuestro entorno, trasfería esos mismos valores de generación en generación y que, a la postre, nos fueron transmitidos también a sus hijos. Hemos aprendido que esforzándonos y aplicándonos en nuestros estudios y trabajos podemos lograr cotas importantes, pero no solo desde un punto de vista personal o egoísta, sino con la mirada puesta en el colectivo. Nuestra dedicación de poco serviría si no fuera dirigida a ayudar y a resolver los problemas de los demás. Así lo pensaba nuestro padre, y así lo pensamos nosotros.

Probablemente, ese enfoque lo obtendría en sustancial medida, por su condición de abogado. O, al menos, así me lo parecía a mí, hasta el punto de que si yo opté por dedicarme al mismo oficio, no se debe a requerimientos suyos en tal sentido, porque nunca pretendió expresamente que ninguno de sus ocho hijos fuera abogado, y de hecho sólo lo somos dos, pero con nosotros lo consiguió más que con “clases teóricas”, con “clases prácticas”, esto es, con el ejemplo del día a día de su vida. Yo, por lo menos, decidí que esa era la vida que me gustaba también para mí.

Javier Oleaga fue abogado toda su vida, o lo que casi es lo mismo, vivió toda su vida como abogado. Estuvo colegiado, primero en el Colegio de Abogados de Bilbao, después en el Colegio Provincial de Vizcaya (1974) y finalmente en el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia (1979), desde el 13 de Noviembre de 1954, colegiándose en presencia de su padre, don Nazario de Oleaga y Muguruza, junto con la también extraordinaria abogada M^a Angeles Ruiz Menchaca.

Y yo, siendo ya Decano del Colegio de Abogados, tuve la inmensa fortuna, satisfacción y orgullo de imponerle la insignia de oro del Colegio, que se entrega a quienes han mantenido su colegiación durante cin-

cuenta años, con motivo del Banquete de abogados veteranos que celebramos en los salones de la Bilbaina el viernes 26 de noviembre de 2004.

Esta fecha fue para mí un hito. Apenas llevaba un año como Decano del Colegio, luego vinieron nueve más, y ya había tocado techo. Ciertamente acaecieron eventos importantes desde entonces a nivel colegial, pero, en honor a la verdad, ninguno fue para mí más importante que haber podido tener la oportunidad de homenajear a la persona a la que, en gran medida, debo cuanto soy.

En el acto tuvimos la oportunidad de reconocer los valores y el trabajo desarrollado por todos los abogados que nos han precedido y a los que debemos que nuestra profesión, en Bizkaia, goce de un reconocimiento importante. Nos seduce más, como diría mi padre, ayudar al prójimo que llenarnos los bolsillos.

Pero esta apresurada semblanza no quedaría completa, y ni tan siquiera sería justa, si no hiciese referencia a la persona que facilitó que nuestro padre, Javier Oleaga, disfrutase de tiempo y sosiego para vivir su vida como lo hizo. Esa persona es nuestra madre, su esposa, Begoña Páramo Moliní, una mujer de ideas muy claras y carácter firme, atractiva en todo, quien posibilitó que Javier disfrutase de una vida completa y feliz, y que sus hijos recibiésemos una educación esmerada en conocimientos y valores.

Cuando perdemos a personas que tanto han significado en nuestra vida profesional y personal, sentimos lástima, pero, al mismo tiempo, cuando volvemos la vista atrás y comprobamos que esa persona, como nuestro padre, como Javier Oleaga, ha tenido el privilegio de llevar una vida plena, en todos sus ámbitos, debemos recordar que somos mortales y agradecer que nuestros seres queridos hayan transmitido su esencia de tal manera que los consideremos dignos de recuerdo y merecedores de un homenaje como el que se está tributando a través de las páginas de este Boletín. Es emocionante.

Un jurista euskaldun, Javier Oleaga Echeverría

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

Notario, Profesor de la Universidad de Deusto y
Miembro de la Junta Directiva de la AVD/ZEA

Conocí a Javier Oleaga hace unos años a través de su hermano Jesus Oleaga. No podría precisar el año. Si en cambio, la circunstancia de que fue el acto celebrado en la Sociedad Bilbaina de entrega del documento que nos acreditaba como tales a los entonces recién nombrados miembros supernumerarios de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, en el Territorio Histórico de Bizkaia.

Falleció después Jesus y Javier supo sustituirle con gran dedicación y esmero en aquellas “otras” actividades culturales que la familia Oleaga, amen de su condición de juristas, siempre han sabido ejercer en pro y bien del País.

Javier se encontró entonces con otro de los pilares impulsores del Derecho civil foral vasco, Adrián Celaya, quien por aquel entonces ya barruntaba la idea de la creación de la Academia Vasca de derecho–Zuzenbidearen Euskal Akademia, bajo el impulso de la RSBAP. A ellos se unió el que aquí firma, para completar un triplete que luego tuvo su continuación en Javier Muguruza Arrese y Santiago Larrazabal Basañez.

Nos unía un afán, el estudio del derecho en el País Vasco, fuera privado o público y una ilusión, la de despertar conciencias y aunar esfuerzos junto con los restantes protagonistas del quehacer social para contribuir al progreso del País. Así nació la Academia Vasca de Derecho–Zuzenbidearen Euskal Akademia, de aquellos cafés de sobremesa en el Lepanto

entre los tres en los que uno tanto aprendió de derecho y, sobre todo, de la historia, tanto jurídica como vital de Bilbao y del País Vasco, de sus personajes y sus realizaciones.

Pronto vinieron, al albur de la Academia, las publicaciones y las jornadas, la preocupación por el derecho público y privado vasco, la conexión fraternal con el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia y con los Ilustres Colegios Notariales de Euskadi y de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, sin olvidar la participación de la Magistratura y de la Universidad.

En todos ellos, Javier Oleaga siempre estuvo a la vanguardia. Cuando se le preguntaba el porqué de aquel esfuerzo siempre respondía orgulloso con el encargo de su padre, don Nazario Oleaga de participar en las inquietudes del País, especialmente en el derecho civil foral y la lengua.

Antiguallas! Nos dirán muchos, *Obstáculos para la vida moderna!* sugerirán otros. En todo caso, signos de la vitalidad y personalidad de un pueblo, y manifestaciones de que la unidad no supone necesariamente la uniformidad.

Había en la forma de practicar el derecho de Javier una bonhomía y una apertura a las nuevas generaciones de juristas de las que yo mismo he sido testigo y puedo dar fe. Bonhomía al tratar los temas de despacho, buscando un arreglo entre partes y siguiendo la estela de la conciliación, que tan bien le inculcó su padre don Nazario Oleaga. Trato directo y cordial con las nuevas generaciones de juristas a través del Grupo de Estudios de Derecho civil foral del País Vasco del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia.

Javier ha sido desde su creación, Secretario de la Junta Directiva de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia y colaborador infatigable, con la pluma y la acción, de las actividades de esta última. Todavía en vísperas de su fallecimiento, me visitó en mi despacho con unos temas relacionados con la Academia y terminamos haciendo planes de futuro que el ya no verá.

No se olvidó de la RSBAP y formó parte de su Junta de Gobierno, trabajando para su enaltecimiento. No estuvo lejos de Euskaltzaindia-Real Academia de la Lengua vasca y contribuyó a su historia grabando sus recuerdos propios y los que tenía de su padre don Nazario Oleaga.

Javier Oleaga fue, además, un euskaltzale, un amante del *vascuence*, como él gustaba de llamar a nuestra lengua. Solía contar orgulloso sus diálogos en euskara en la época franquista con su padre e incluso los viajes a Barcelona, donde padre e hijo y titulares de la pensión donde se alojaban se comunicaban exclusivamente en euskera.

Hitzez baino, ekintzaz ere jardun zuen Javier Oleagak euskararen eta euskalgintzaren alorrean. Harro agertu zen Euskaltzaindiaren ordezkariekin batera, Bilboko Udalak saritu zituenean Bilboko lehen euskaltzain haiek. Berari egokitu zitzaion aita, don Nazario Oleaga, Euskaltzaindiaren idazkariaren gomuta ordezkatzeara eta horren lelukotza.

Euskaraz berbetan, euskera aho-mihian eta ezpainetan, haren irribarre gozoa euskalduna bazen eta euskaldunekin batera eraman zuen bizitzan zehar. Loben euskalduntasuna gordetzen zuen, euren artean euskararen erabilera sarituz eta aldi berean, bera ere ikasle jarri zen, urte askoren buruan, euskarazko eskolak hartzeko tenorean *Euskerazaleak* antolatutako ikastaroetan.

Horra, bada, euskaldun legelari baten bizi-kronika eta horra, nola ez, Zuzenbidearen Euskal Akademiaren omena, haren bidetara eusteko eta garatzeko. Goian bego Javier Oleaga eta izan gaitetzen gu ere, haren zordunak gure hitz eta ekintzetan.

Javier Oleaga Echeverría, In memoriam

GRUPO DE ESTUDIO DEL DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BIZKAIA.

Corría el año 1998 cuando finalicé el Master de Derecho Civil Foral y Autonómico. Inmediatamente sentí la necesidad de continuar ahondando en el estudio de una materia que he de reconocer que, transcurridos casi 20 años desde que tuve mi primer contacto, continua suscitando todo mi interés.

Tuve la gran suerte de que ese interés era compartido con Xabier Aurrekoetxea Aurrekoetxea, (q.e.p.d.)a quien conocí precisamente durante el Master al que me he referido y ambos coincidimos en la necesidad de constituir un grupo de estudio entorno a esta materia, y nos pusimos en contacto con el compañero Gontzal Aipurua Ondaro, que por aquel entonces ya había participado en publicaciones en relación con Derecho Civil Foral. Nuestra iniciativa fue acogida de forma inmediata por nuestro Colegio y por los colegiados, ya que al poco tiempo aquel embrión formado por solo tres personas se vio incrementado. Entre aquellos compañeros y compañeras que enseguida mostraron interés estaba mi querido Javier Oleaga. Javier pertenece a una estirpe de abogados amantes y conocedores de nuestro Derecho Civil. Fueron muchos y muy fructíferos los debates que entablamos los primeros miércoles de cada mes en torno a cuestiones relacionadas con una materia que apasiona a todos los que han formado parte y forman parte del Grupo de Estudio.

Javier Oleaga fue un gran jurista, pero sobre todo fue una gran persona. La talla humana no se mide por el éxito o el prestigio profesional sino por crecer éticamente cada día y por el compromiso de servicio al prójimo.

Todos y todas los que compartimos tardes de debate con Javier disfrutamos con la persona y aprendimos del jurista.

Te echamos de menos Javier. (Tatiana)



Con estas palabras nuestra compañera Tatiana González de San Sebastián expresa perfectamente el sentir del Grupo de Estudio del Derecho Civil del País Vasco del Colegio de Abogados de Bizkaia: Echamos de menos a Javier. Su presencia no solo es que se datara desde los inicios del grupo, si no que era una constante en las reuniones de los primeros miércoles de cada mes. Javier no faltaba nunca, en muy contadas ocasiones no pudo estar, y siempre era por causas de *fuera mayor*. Su bagaje como foralista y como jurista era impagable y siempre, siempre, participaba como uno más del Grupo, porque ahí radicaba, además, su grandeza, que siendo tan sabido y teniendo tanta experiencia sólo hacía gala de ella para contar lo que venía al caso, para ilustrar una anécdota o una opinión, nunca para prevalecer sobre los demás porque, como decimos, tenía galones de sobra pero ninguna necesidad de sacarlos a relucir.

Por ello, todos y cada uno de nosotros, los que seguimos en el grupo y los que por diversas circunstancias ya no están le estimábamos y le queríamos. Era un compañero ejemplar, con criterio, con conocimiento, con participación, codo con codo, entre abogados de toda condición, de diferentes edades y lugares. Su presencia aun sigue siendo importante, es el ejemplo claro y una inspiración de lo que aspiramos a ser (como nos ilumina también el gran Don Adrian), juristas hasta la médula, por gusto, por pasión, foralistas convencidos, amantes de nuestro acervo jurídico y agentes activos independientemente de fechas de jubilación.

No podemos dejar de recordar, además, esa faceta de trabajador incansable, en el Grupo y en la Academia, siempre con la mirada en el futuro y en el presente, sin anclarse en las trampas de la nostalgia, firme convencido del poder del Derecho Civil Foral como norma que nos pertenece y

que es válida y eficaz para regular nuestro día a día como ciudadanos. Y cómo no, un abogado, un letrado en el amplio sentido de la palabra, que creía y así lo repetía que nosotros, los colegiados, éramos y somos agentes jurídico con tanta importancia como el legislador, los jueces, los notarios, los registradores, porque sólo entre todos y con las aportaciones de todos se puede seguir adelante y mejorar el ordenamiento jurídico. Era un gran valedor de la figura del abogado y te hacía recordar la vocación, y el por qué y la razón última de estar ahí, trabajado “con la toga puesta”.

Todo ello, todo lo que nos enseñó con su presencia, hacen que le recordemos siempre y para siempre. Lo dicho Javier, te echamos de menos. (Alkain)



Oye, Txemi, soy Javier Oleaga, ¿me puedes atender?

Se acercaba la fecha programada para la Mesa Redonda que habíamos organizado en el Colegio de Abogados y no quería dejar nada para última hora ni la improvisación. Nos habíamos comprometido con el ponente a facilitarle un esquema-guión de los aspectos prácticos más interesantes a destacar en su intervención para nuestras compañeras y compañeros, quienes acudirían a su exposición con dudas, preguntas y en busca de alternativas para dar respuesta al cliente y al asunto que tenían sobre la mesa de su despacho. Y lo teníamos pendiente.

Además, en la última reunión del Grupo de Estudio habíamos acordado preparar entre todos una serie de preguntas, sencillas, directas, de contenido eminentemente práctico, que facilitaran al ponente y a los asistentes penetrar en el auténtico contenido de la institución jurídica que esa tarde íbamos a tratar, con su problemática real y las posibles soluciones y recomendaciones a ofrecer a nuestros clientes. Y lo teníamos pendiente.

A pesar de todo, teníamos ponente, teníamos tema, y teníamos local reservado, día y hora anunciada en nuestro Colegio, gracias a los eficaces Ángel y Manolo que nos abren (y nos cierran también, porque a veces

nos enrollamos y finalizamos muy tarde) las puertas, las salas, los armarios y lo que haga falta para el buen desarrollo de nuestras actividades, en las magníficas instalaciones de las Rampas de Uribitarte, en Bilbao.

Pues sí, como bien dicen Alkain y Tatiana al comienzo de este sentido recordatorio, las ganas de hacer, y no sólo la experiencia acumulada en el buen hacer, eran una constante y una seña de identidad en Javier. Ya lo dice Jesús, tenía actitud y aptitud, algo que nos cuesta lograr, y mucho más encontrar, hoy en día.

La mesa redonda se celebró. Al ponente le facilitamos la introducción en el tema acordado, le ayudamos en el calentamiento y aclimatamiento a la sala reservada, le informamos y preparamos sobre el tipo de público asistente, le adelantamos nuestras preguntas preparadas con detalle para animar el inicio del debate y, sobre todo, le ofrecimos naturalidad, confianza y compañerismo, porque eso era lo fundamental que perseguíamos en este tipo de actividades.

Y como colofón a su buena disposición y participación desinteresada, le obsequiamos con nuestro emblema, una pequeña escultura que recoge en forma de pisapapeles una representación de los cinco montes vascos vizcaínos, elegida en su día entre todos para otorgar honores a quien se lo mereciera por su esfuerzo y dedicación en promover, estudiar y divulgar nuestro Derecho Civil Foral. En dicha elección del emblema-recordatorio también participó Javier. Pero no sólo en eso sino que él era el encargado de suministrarnos cada una de las esculturas individualizadas para cada acto y ponente, cuyo diseño nos preparó un amigo suyo. Incluso era quien se ocupaba de adelantar los pagos de cada una de ellas, y no tengo muy claro si alguna está aún pendiente de serle abonada desde nuestro presupuesto colegial. Pero la duda mayor que me queda es la de si lograremos dar continuidad a esta buena práctica.

La entrega de este recordatorio, con inscripción incluida detallando la participación del ponente y la materia tratada, dicen algunas voces autorizadas que se ha convertido en un preciado trofeo que algunos persiguen

para poder entrar en ese cuadro de honor de los estudiosos y expertos en materia civil foral dentro de nuestro Colegio. Y no nos faltan ofertas para participar en dichos foros de debate y exposición de ideas, que son muy bien recibidos por nuestras compañeras y compañeros, no sólo porque sean amenos, muy prácticos y gratuitos sino porque cubren una oferta de información, opinión y posibles soluciones que en los últimos tiempos está un poco descuidada desde otras instancias académicas y profesionales. Precisamente con Javier lo comentábamos en numerosas ocasiones durante nuestras reuniones: la Universidad de Deusto ya no impartía el Master en estas materias, la Universidad del País Vasco tampoco las recogía entre sus postgrados y, sin pretenderlo, estábamos tomando la iniciativa y la delantera a nuestra Escuela de Práctica Jurídica y al propio Consejo Vasco de la Abogacía a la hora de programar estas actividades formativas, quizás por estar centrados en otras responsabilidades.

Por ello, hemos compartido con Javier estos retos entre todas las compañeras y compañeros que han pasado por el Grupo de Estudio durante estos aproximadamente catorce años de andadura, aprendiendo unos de otros, impulsando nuestro Derecho Civil y organizando mesas redondas, debates y jornadas prácticas en nuestro Colegio para divulgar y profundizar en estas materias, sus problemáticas y la actualización de las soluciones que se ofrecen desde la normativa vigente.

Y lo comentamos muchas veces. Los temas que tratamos, su problemática y las soluciones que se nos ofrecen, no se agotan en dicha jornada, debate o mesa redonda, ni en la exposición ni en las opiniones posteriores que allí se manifiestan. Javier nos lo repetía: esa institución foral, su regulación actual, su origen consuetudinario y su reflejo en los Fueros, Viejo y Nuevo, así como su aplicación práctica a lo largo del tiempo, incluso su interpretación doctrinal y jurisprudencial, es tan rica y, a veces, diversa, que provoca vivencias, intereses y desencuentros en los que nace el conflicto. Y ahí es donde somos necesarios, imprescindibles, los abogados: si hay conflicto jurídico de intereses, hay pleito y, por lo tanto... hay trabajo. Entonces, se trata de buscar los mejores argumentos jurídicos, su

apoyo legal y la solución más justa posible, sin olvidar que se trata de materias sensibles en ámbitos personales y familiares, y no sólo económicos.

Para la búsqueda de dichas soluciones jurídicas, Javier nos animaba a penetrar en los principios y valores que dicha institución objeto de debate tenía como fundamento, y que la habían hecho surgir desde la práctica consuetudinaria y su aplicación durante tanto tiempo. Era aquello conocido del *Otrosí, dixeron: Que havian de Fuero, é costumbre, y establecían por Ley, que...*

Y, al mismo tiempo, el impulso a la conservación, modificación y desarrollo de nuestro Derecho Civil Foral para que responda a las necesidades actuales de las ciudadanas y ciudadanos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ha sido una constante en la actividad compartida por Javier con nuestro Grupo de Estudio durante estos últimos años. Con ese objetivo, trabajo de forma intensa no sólo con nosotros en el Colegio de Abogados sino simultáneamente con la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia desde su constitución en el año 2003. Y con anterioridad en el seno de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País así como con otras entidades e instituciones académicas donde constan sus aportaciones y trabajos.

Fruto de dicho esfuerzo común es la Resolución adoptada el pasado 28 de noviembre de 2013 por el pleno del Parlamento Vasco donde se estima necesaria y urgente la elaboración y aprobación de una nueva ley civil vasca de carácter general, que actualice la normativa hoy vigente para toda la Comunidad Autónoma del País Vasco y establezca un núcleo de Derecho Civil Vasco basado en la vecindad civil vasca como elemento fundamental. Previamente a la adopción de esta resolución, el legislativo vasco ha conocido de primera mano el resultado del trabajo desarrollado por numerosos profesionales del mundo jurídico quienes, a iniciativa e impulso de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia y de nuestro Grupo de Estudio del Colegio de Abogados de Bizkaia, elaboró una Propuesta de nueva Ley Civil Vasca, articulada, comprensiva de la

actualización de las necesidades sociales y jurídicas de la ciudadanía vasca, tras más de veinte años de vigencia y aplicación de la Ley 3/1992, de 1 de julio, que regula el Derecho Civil Foral del País Vasco, y en cuya elaboración también Javier había participado.

Hoy, nuestras actividades, mesas redondas, jornadas prácticas anuales así como nuestras reuniones mensuales en el Colegio de Abogados, venían contando con su presencia, entusiasta y provocadora, pues continuamente nos empujaba a tomar la iniciativa y el protagonismo que tanto él como otros habían tenido en otros momentos. El relevo, eso era lo que él impulsaba, tomar el relevo. Sin prescindir de nadie, con la colaboración de todos. Y en ello estamos.

Nosotros le escuchábamos hablar en muchas ocasiones de los cafés que se tomaba con Adrián Celaya y Andrés Urrutia en la cafetería Lepanto, en Bilbao, como si del más selecto foro jurídico se tratara, donde hablaban entre amigos, discutían entre juristas y preparaban las más diversas iniciativas y actividades relacionadas con este mundo jurídico del Fuero (y quizás también del huevo), como si se tratara de una logia masonica actual surgida de un oscuro despacho vizcaíno.

Ahora, otros foros alumbran el estudio, el debate, la difusión y la actualización de nuestro Derecho Civil. Nosotros somos uno de ellos. Y el relevo, me atrevo a decir, está garantizado. Es una realidad, a la vista de las compañeras y de los compañeros que participan en nuestro Grupo de Estudio, y que ejercen día a día profesionalmente en estas materias, ofreciendo respuestas a las necesidades de las personas que acuden a nuestros despachos profesionales en busca de ayuda y de soluciones. Incluso su hijo, nuestro compañero y ex-Decano Nazario Oleaga comienza a participar en las reuniones mensuales, una vez relajadas sus anteriores y más urgentes responsabilidades institucionales. Junto a él, Elena, Marisa, Isabel, Nieves, Gontzal A., Gontzal B., Elixabete, M^a José, Ainhoa, Jokin, Juan Carlos, Pilar, Andrés, Alkain, Tatiana, Jesús y yo mismo intentamos en la actualidad seguir el camino abierto por otros. Contamos con ellos. In memoriam. Beti arte.

En homenaje a D. Javier Oleaga Echeverría

ITZIAR MONASTERIO ASPIRI

Profesora Honoraria de la Universidad de Deusto

Siempre recordaré con especial cariño a nuestro querido Javier Oleaga Echeverría. Concurrían en él cualidades personales, virtudes y conocimientos que contribuyeron a hacer de él una persona inolvidable, para todos aquellos que compartimos horas de trabajo u ocio en su compañía.

Le conocí el año 1988 cuando ambos entramos, de la mano de D.Adrián Celaya Ibarra, a la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País.

Poco después de su ingreso en la Sociedad, pasó a ser elegido vocal de la Junta de Gobierno, cargo que desempeñó con idoneidad y entusiasmo hasta que abandonó este mundo.

Tanto su hermano Jesús como Javier han pasado a ser “una institución” en el seno de la Bascongada; sus acertadas ideas y su infatigable empeño les hizo merecedores de ello. Cualidades reiteradamente reconocidas por D.Adrián Celaya, Presidente y Director de la Bascongada en el pasado e inseparable amigo de Jesús y Javier Oleaga a lo largo de la vida.

Su contribución a la Sociedad Bascongada se caracterizó por sus ingeniosas ideas, su tesón y su humor y simpatía natural, evidenciada de continuo en una expresiva sonrisa. Creo que nadie pudo enfadarse con Javier, porque además de no dar motivo para ello, restaba importancia a cuantas actuaciones, en su entorno, resultaran poco simpáticas o incómodas.

Recordando estas cualidades y virtudes de Javier debo confesar, que en lo que concierne a mi persona, fue un animador formidable del tra-

bajo de investigación que junto a mi equipo estábamos desarrollando en los Archivos Históricos del País Vasco.

Ya en el año de nuestro ingreso en la Bascongada me encontraba inmersa en la laboriosa tarea de búsqueda y posterior análisis de documentos extraídos de los Archivos Históricos notariales y judiciales. Tarea e investigación no siempre bien entendida por algunos juristas, si bien aplaudida con entusiasmo por Javier quien leía con avidez y sorpresa la documentación histórica transcrita. Todavía hace pocos meses me reclamaba los últimos libros de la *Colección Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVII- XIX)/ Foru Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma (XVII-XIX)*, donde se publican de forma monográfica las instituciones forales con transcripción íntegra de los documentos del pasado que las recogen.

Como ha quedado indicado, hace más de una década que un equipo de investigadores de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País venimos desarrollando trabajos de investigación orientados a conocer y dimensionar el Derecho Civil Histórico del País Vasco, acudiendo para ello a las fuentes documentales —notariales y judiciales— custodiadas en los Archivos Históricos de los tres Territorios.

A nuestro entender, la investigación del Derecho Civil Histórico da respuesta a las particularidades del Sistema Civil Vasco. Particularidades —civiles forales— que en lo que concierne al ámbito competencial del Parlamento dieron lugar a la redacción del Art. 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco¹. La referencia expresa a la competencia para legislar sobre Derecho Civil “escrito” o “consuetudinario”, propio de los Territorios Históricos, y asimismo, la atribución competencial para la “fijación del ámbito territorial de vigencia de la Ley Civil” son las diferen-

¹ Estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por L.O. 3/1979 de 18 de diciembre. Según este precepto, es competencia del País Vasco: “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia”.

cias en esta materia, que presenta el Estatuto Vasco respecto a los restantes estatutos de los Territorios Forales, ampliando con ello el ámbito de potencial desarrollo legislativo del Derecho Civil Vasco.

Quienes redactaron el Estatuto de Autonomía fueron conscientes de que no debía quedar en olvido la referencia expresa al “Derecho consuetudinario”, puesto que con ello daban cobertura al Derecho Civil de Gipuzkoa y Araba, que no quedó regulado en un Fuero escrito –en Araba, salvo en la Tierra de Ayala que contó con el Fuero a que dio nombre de 1373, aumentado en 1469 y reformado en 1487–; y del mismo modo el Derecho consuetudinario gestado en Gipuzkoa y en Bizkaia; en este último territorio durante los cuatro siglos de silencio legal, es decir, a partir del Fuero Nuevo de Vizcaya de 1526 hasta la aprobación por las Cortes españolas de la Compilación de Vizcaya y Álava del año 1959².

Asimismo, conocedores del problema fundamental al que se ha enfrentado y enfrenta el Derecho Civil Vasco, relativo a la vigencia de una pluralidad de sistemas jurídico-civiles en el País, los redactores del Estatuto de Autonomía atribuyeron competencia legislativa al Parlamento Vasco para la fijación del ámbito territorial de vigencia de la Ley Civil; de modo que actualmente propiciara la aprobación de una Ley Civil del País Vasco para todo el Territorio y por tanto, regulación única en materias nucleares y al mismo tiempo posibilitara la vertebración interna de aquellas instituciones aplicables en cada Territorio Histórico como Derecho local.

En síntesis, las particularidades del Derecho Civil Foral Vasco, de las que hace eco el Estatuto de Autonomía, evidencian la necesidad de que la investigación se remonte a los sistemas civiles forales vascos vigentes en la etapa foral (ss. XVII-XIX). Estos son los sistemas civiles históricos de “Fuero escrito” en Bizkaia y Ayala/Aiara, y de “Fueros consuetudinarios” en Gipuzkoa, Álava/Araba y Bizkaia (siglos ss. XVII-XIX en el último territorio).

² Se respeta la grafía original que figura en los Fueros legales del pasado.

El recurso a las fuentes documentales, notariales y judiciales del pasado, nos permite conocer hoy las instituciones civiles que integraron los sistemas civiles vascos del pasado –tanto los de Fuero civil escrito como los de Fuero consuetudinario– observar su evolución en el tiempo; diferenciar las distintas etapas históricas que atravesaron, y detenernos a analizarlas en la etapa de plenitud foral. Hacen posible el que puedan inducirse los principios jurídicos, fuente de inspiración tanto de los sistemas de Fuero escrito como de Fuero consuetudinario; conocer la normativa alegada en los documentos de los tres Territorios, compararlos y detectar las diferencias; nos permiten constatar la alegación de las leyes, la costumbre general o local en los tres Territorios, el criterio seguido por los jueces a la hora de dictar sentencia y valorar muy positivamente la tarea desarrollada por los escribanos, notarios del pasado al dar forma jurídica a la voluntad de los otorgantes.

En suma, nos permite reconstruir los sistemas jurídico-civiles del pasado y conocer las instituciones propias de cada Territorio Histórico en la etapa de plenitud foral y máximo desarrollo.

Del mismo modo –y esto, a mi entender, es importante– nos permite desvelar y sacar a la luz pública el sustrato común de instituciones, principios y normativa, que ensamblaron históricamente a los tres Territorios, conscientes de que constituyen el núcleo y la urdimbre de los fundamentos jurídicos de la Foralidad Civil del País Vasco.

Este conocimiento, en el espacio y en el tiempo, del conjunto de los sistemas jurídico-civiles históricos de Bizkaia, Álava/Araba y Gipuzkoa (ss. XVI-XIX) nos permitirá dimensionar el Sistema Civil Vasco del pasado e inducir los principios en que se asienta, fijar y sacar a la luz pública los cimientos jurídicos sobre los que deberá asentarse el Derecho Civil futuro del País.

Es posible alcanzar hoy este conocimiento, puesto que contamos con fuentes jurídicas documentales, es decir, documentación notarial y judicial de aplicación del Derecho. Fuentes documentales cuya autenticidad

resulta incuestionable, dada su procedencia de Archivos Históricos del País Vasco; que en el caso concreto del Derecho Civil-Foral del País Vasco, constituyen la fuente única y privilegiada que disponemos³.

Por la importancia y calado de esta tarea, se consideró necesario el abordar la investigación del Derecho Civil Histórico del País Vasco en un Proyecto Global que englobara el Derecho Civil Vasco Histórico, tarea cuya ejecución se llevaría a cabo en fases sucesivas, escalonadas en el tiempo.

Con tal propósito presenté y defendí este Proyecto Global ante la Asamblea Extraordinaria y Deliberante de la Sociedad Bascongada de los Amigos del País, celebrada en Hondarribia los días 29/30 de noviembre y 1 de diciembre de 2002. La ponencia propuso como reto futuro de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País el desarrollo de este Proyecto Global sobre “Investigación histórica del Derecho Civil Vasco”, acudiendo para ello a los Archivos Históricos notariales y judiciales de los tres Territorios⁴.

En síntesis, los objetivos de este Proyecto Global, defendido ante la Asamblea de la Bascongada, fueron los siguientes:

- a) *Salvar la laguna de conocimiento* de lo que fuera el sistema civil consuetudinario de Gipuzkoa y Álava/Araba; y también en lo que se refiere a Bizkaia, gestado entre 1526-1959, es decir, durante los cuatro siglos de silencio legal.
- b) *Extraer el sustrato jurídico de principios e instituciones comunes que históricamente ensamblaron a los tres territorios.*
- c) *Dimensionar los sistemas civiles vascos y calificar jurídicamente sus instituciones* en la etapa foral de plenitud y máximo desarrollo.

³ Esto resulta patente, dada la inexistencia de una bibliografía civil clásica, es decir, anterior a la codificación civil española y la falta de repertorios de costumbres del pasado.

⁴ *Actas de la Asamblea Extraordinaria y Deliberante de la Sociedad Bascongada de los Amigos del País*. Donostia/San Sebastián: Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, 2003.

- d) *Fijar los cimientos jurídicos del Derecho Civil Vasco futuro.*
- e) *Favorecer una política legislativa expansiva por parte del Parlamento Vasco, aportando documentación jurídica acreditativa de la existencia histórica de instituciones y principios, que servirían en alguna medida “como instituciones conexas” o “asidero jurídico” a la regulación presente.*

Como ha quedado indicado el desarrollo del Proyecto Global de Investigación se proyectó realizar en fases sucesivas, escalonadas en el tiempo. Cada fase se ceñiría a un área del Derecho Civil, siguiendo la división tradicional trazada en el mundo académico cara al estudio de la disciplina:

- 1º Derecho de la Persona y de la Familia.
- 2º Derecho de Obligaciones y Contratos civiles.
- 3º Derecho de Sucesiones por causa de muerte.
- 4º Derecho de Bienes, Propiedad y demás Derecho reales.

Al término de la Asamblea de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, entre sus conclusiones, aprobó la Sociedad la realización del Proyecto Global de investigación propuesto, creando al efecto una comisión sectorial que lo llevara a efecto⁵.

Las fases primera y segunda del Proyecto Global han concluido. La documentación jurídica, sobre “Instituciones del Derecho de persona y familia”, propia de la primera fase, está publicada⁶; y la correspondiente

⁵ *Actas de la Asamblea*, ob. cit., 126.

⁶ MONASTERIO ASPIRI, I. (DIR.). *Selección de Procesos Civiles ante los Tribunales Forales de Bizkaia (1635-1834). Jurisprudenzia ZibilarenBilduma (XVII-XIX)-Colección de Jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX)*. T.I.Vitoria/Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2002; *Gobierno y bienes de los menores de edad (1642-1902). Jurisprudenzia Zibilaren Bilduma*, ob. cit. T. II, Vol. 1 y 2. Vitoria/Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2004 y 2005 (respectivamente); *Contratos sobre bienes con*

a la segunda sobre “Obligaciones y contratos” se han preparado varios volúmenes que se encuentran en procesos de publicación⁷.

En este momento nos encontramos culminando la tercera fase del Proyecto, tercer año de la investigación sobre “Derecho de sucesiones por causa de muerte”.

Esta fase es sin duda, el área del Derecho Civil Vasco que presenta mayor riqueza de instituciones: el *alkar-poderoso*; el *usufructo-poderoso*; los pactos sucesorios; el testamento por comisario; el testamento de hermandad; la responsabilidad *intra vires*, por citar una muestra. Su fuente de inspiración son los principios de libertad de testar o de libertad de elección de heredero. Algunas de estas instituciones son de gran interés y actualidad; prueba de ello es que varias de las instituciones citadas, también reguladas en el Derecho Vasco, han sido incorporadas a varios códigos europeos en sus recientes reformas. Y en este mismo sentido la doctrina civilista aventura una propuesta de reforma del Código civil español, inspirada en una mayor libertad a la hora de disponer de la herencia⁸.

ocasión del matrimonio, dote y pacto sucesorio (1641-1857). *Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma*, ob. cit. T. III, Vol. 1 y 2. Vitoria/Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2005 y 2007 (respectivamente); *Régimen económico de Comunicación Foral de Bienes (1642-1870)*. *Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma*, ob. cit. T. IV, Vol. 1 y 2. Vitoria/Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2004 y 2005 (respectivamente); *Vecindad Vizcaína (1630-1830)*. *Selección de Procesos sobre Sociedades Civiles (1782-1886)*. *Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma*, ob. cit. T.V, Vol. 1 y 2. Vitoria/Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2009.

⁷ MONASTERIO ASPIRI, I. (DIR.). *Cofradías de Mareantes del País Vasco (1627-1914)*. *Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma*, ob. cit. T.VI, Vol. 1 y 2 (en imprenta); *Sociedades Civiles en el País Vasco (1594-1908)*. *Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma*, ob. cit. T.VII, Vol. 1 y 2 (en imprenta).

⁸ Reforma del Código francés, por Ley de 23 de junio de 2006 de sucesiones y donaciones y Ley de 19 de febrero de 2007 sobre fiducia sucesoria. En este mismo sentido la reforma del Código italiano y las voces de la doctrina española aventuran una propuesta de reforma del Código español en materia sucesoria, como escuchamos del Prof. Delgado Echeverría en las XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006.

El Derecho sucesorio es particularmente conocido y querido por mi persona. Debe tenerse presente que fueron documentos relativos a la sucesión *mortis causa* con los que inicié mi andadura en los Archivos Históricos Vascos, y con ellos bajo la dirección del Profesor Dr. D. Jesús Delgado Echeverría lleve a cabo mi Tesis doctoral sobre los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno, institución que hoy es Derecho vigente.

En virtud de lo expuesto, no parece se pueda pecar de excesivo entusiasmo al considerar que el desarrollo legislativo del Derecho sucesorio por parte del Parlamento Vasco puede poner a la legislación del País Vasco entre los sistemas civiles que están a la cabeza en el panorama sucesorio.

Como cierre a estas líneas en Homenaje a nuestro querido amigo Javier Oleaga, deseo conozcan que este trabajo en Archivos contó con su valiosa y desinteresada contribución en todo momento.

ESTUDIOS
AZTERLANAK
FIELD STUDIES

Apunte sobre la “circulación” del dinero electrónico

RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ
Catedrático emérito de Derecho Civil
(Universidad de Deusto) y abogado

SUMARIO: 1. PROPÓSITO DE ESTA APORTACIÓN. 2. EL DINERO Y SUS FUNCIONES. LO LEGAL Y LO CONVENCIONAL. 3. FORMAS O MODALIDADES DE “DINERO ELECTRÓNICO”. SU CONCEPTO LEGAL ACTUAL. 4. SOBRE LA VIABILIDAD DE UNA GENUINA “CIRCULACIÓN” DEL DINERO ELECTRÓNICO. EN CASO AFIRMATIVO, ¿DE QUÉ MANERA? “INTERFERENCIA” DE LA NORMATIVA SOBRE *BLANQUEO DE CAPITAL*ES. 5. CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA SUMARIA.

1. PROPÓSITO DE ESTA APORTACIÓN¹

No parece dudosa la afirmación de que el llamado “dinero electrónico” no es, hablando con propiedad, un verdadero *dinero*. Más adelante me ocuparé brevemente de este extremo.

No obstante, su propia denominación –parece que ya muy asentada– y el hecho de que pueda desempeñar, desde el punto de vista jurídico, alguna de las funciones que tradicionalmente atribuimos al dinero en sentido estricto, hacen que no parezca inoportuno plantearse la cuestión de si el dinero electrónico puede “circular”. Y esto, porque es precisamente la *circulación* una de las características del dinero propiamente dicho o *dinero efectivo*. Y, caso de que la respuesta a la cuestión fuera afirmativa, tampoco parece inoportuno proponer otra inevitablemente unida a la anterior; esto es, qué fórmula jurídica haría posible que el dinero electrónico *circulase*.

La legalidad vigente alude a la “*distribución*” del dinero electrónico, por medio de “*agentes*” de la entidad emisora. Eso constituye ya una “*circulación*”, pero no es a ella a la que me refiero. Lo que me ocupa es una “*circulación*”, por así decirlo, desvinculada de la entidad emisora; esto es,

¹ Me honra poder contribuir al homenaje *in memoriam* que se dedica al recuerdo de nuestro compañero don Francisco Javier Oleaga Echeverría, excelente persona y que tan intensamente vivió el Derecho.

la derivada del hecho de que el *titular* de una suma de dinero electrónico, como *tenedor de un derecho de crédito*², lo transmita a otro en el marco de la que en el Derecho de obligaciones denominamos *modificación de la relación obligatoria por cambio de acreedor*³.

2. EL DINERO Y SUS FUNCIONES. LO CONVENCIONAL Y LO LEGAL

Cuando en Derecho hablamos del *dinero* ("moneda corriente", según la primera acepción de la palabra en nuestro Diccionario), solemos decir –a modo de introducción– que tiene tres "funciones". De un lado, es medida de valor de todas las *cosas*, esto es, de los *bienes*, tanto materiales como inmateriales; esto último, por ejemplo, ocurre en el caso del honor, de la imagen, de la integridad física, de los sufrimientos, de las frustraciones, e incluso de la vida misma⁴. En segundo término, el dinero es un instrumento de cambio; o sea, elemento esencial de muchas (la mayor parte) de las transacciones económicas. Y en tercer lugar, constituye un medio de pago de aceptación universal⁵.

² Por razones obvias, utilizo la palabra "tenedor", porque la de "titular" conduce a posibles confusiones.

³ Evidentemente, cuando hablo de *circular*, o de *circulación*, me refiero a una *transmisión* del dinero electrónico –más correctamente, de su *titularidad*– distinta (y por definición posterior) de la que existe en la relación entre el emisor y su *titular* (esto es, el que según mi planteamiento podría denominarse, para entendernos mejor, *primer titular* –sin contar al emisor, que a veces es llamado también *titular*–).

⁴ Es expresión muy generalizada la de que los *bienes* a los que acabo de referirme "no tienen precio". Sin embargo, paradójicamente, los tribunales los están "valorando" cada día; y lo hacen, justamente, atribuyéndoles un "valor" *en dinero*.

⁵ Esto último debe entenderse con alguna reserva, puesto que, en virtud del principio de *identidad* del pago (recogido en el art. 1.166 CC), el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente. Lo que significa que el cumplimiento *en dinero*, en vez de con la entrega de la cosa debida, o con un *hacer*, o con un *no hacer*, requiere el consentimiento del acreedor. Por otro lado, debe tenerse presente que el pago de las *deudas de dinero* deberá hacerse, según el artículo 1.170 CC, "en la especie pacta-

No obstante, en las dos primeras de esas funciones concurren (y a veces se enfrentan) lo *legal* (lo "impuesto por la ley") y lo *convencional* ("lo que resulta o se establece en virtud de precedentes o de costumbres", a lo que habría que añadir lo que "deriva de lo pactado").

Ateniéndome precisamente a la última hipótesis (lo *convencional*), es claro que han sido y pueden ser medidas de valor e instrumentos de cambio bienes o cosas distintas del dinero: la sal (de ahí "salario"), cabezas de ganado, sobre todo el ovino (de ahí "pecunia"), lingotes de oro, barriles de crudo, sellos de correos o monedas del pasado, esto es, carentes ya de *curso legal*.

En cuanto al significado *legal* del dinero, procede recordar que en nuestro sistema jurídico no existe una norma de Derecho privado que defina el concepto de "dinero", papel que queda reservado a la legalidad administrativa en materia de "unidades monetarias nacionales"; siendo clásica, pero ya irrelevante, la distinción entre moneda *de curso legal* y moneda *de curso forzoso*.

En el Código civil (CC), el dinero, como instrumento de cambio, se encuentra sobre todo reconocido en la definición del contrato de compraventa del art. 1.445, cuando establece la obligación del comprador de pagar "un precio cierto, en dinero o signo que lo represente"; regla que es fácilmente susceptible de aplicarse a cualquier tipo de las que denominamos "obligaciones pecuniarias". Se trata, desde luego, de todos los casos en los que aparece el concepto de "precio", pero también de otros (p. ej., arts. 1.604 y ss., sobre los censos, art. 1.682, aportación a la sociedad, art. 1.753, contrato de préstamo, etc.) además, el dinero está también presente en las llamadas "deudas de valor", en las que su función es

da", no con cualquier tipo de unidad monetaria. Sobre la "especie pactada", v. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial (II, Las relaciones obligatorias)*, sexta edición, Civitas, Cizur Menor, 2008, capítulo X, "Las obligaciones pecuniarias", págs. 289-328. También, PAZ-ARES, Cándido, "Artículo 1.170", en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, II, págs. 200-227.

la de equivalente o sustitutivo de otras cosas o servicios (*v. gr.*, a efectos de la indemnización de daños y perjuicios –arts. 1.101 y 1.902–)⁶.

Por otro lado, el dinero como medio de pago (no de cualquier obligación, sino precisamente de las *pecuniarias*) se encuentra mencionado en el ya arcaico párrafo primero del art. 1.170, cuando dice que “*el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España*”⁷.

De otra parte, conviene también recordar el tenor del párrafo segundo del mismo art. 1.170, llamado quizá a tener un sentido *muy actual*, precisamente como consecuencia del fenómeno del dinero electrónico: “*La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado*”. Los “documentos mercantiles” de los que habla la norma no son, desde luego, *medios de pago*, sino, en un sentido muy amplio, instrumentos *para el pago*.

Pero, con todo, es posible que –también aquí– la norma de Derecho privado más importante a tener en cuenta sea la que consagra el principio de libertad de pactos, esto es, la del art. 1.255 CC: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que*

⁶ No es el momento, desde luego, de intentar desentrañar el significado de la expresión “*signo que lo represente*”, pero pudiera ocurrir que la novísima figura del *dinero electrónico* traiga al momento actual tan discutida y discutible locución. Pero parece convincente la opinión de LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., cuando escribió que, por signo que represente al dinero hay que entender, básicamente, aquellos documentos o títulos que incorporen créditos dirigidos específicamente al pago de una suma de dinero; estimo que el autor se refería a los llamados *títulos-valores* (“Art. 1.445”, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, II, págs. 887–889). No obstante, sí debo recordar que el art. 1.446 CC se refiere al “dinero o su equivalente”; me refiero a la circunstancia de que, al tratar sobre el dinero electrónico, frecuentemente se afirma que es un “sustitutivo” del dinero propiamente dicho.

⁷ Es casi ocioso recordar que la L 46/1998, de 17 de diciembre, según dice su art. 1, tuvo por objeto “completar el régimen jurídico para la introducción del euro como moneda única, dentro del sistema monetario nacional”. Ley ligeramente modificada por la L 14/2000, de 29 de diciembre, y por la L 9/2001, de 4 de junio.

no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público". En virtud de esta regla, de un lado, las partes de una relación jurídica de carácter patrimonial pueden convenir –con los límites legales, en su caso– que el dinero electrónico, con su carácter de “*sustitutivo electrónico de las monedas y los billetes de banco*”⁸, constituya instrumento de cambio o medio de pago en la misma medida que el dinero en sentido estricto; y, en segundo término, la figura jurídica de la “*dación en pago*” permitirá que, si el acreedor lo acepta, la “*entrega*” de dinero electrónico sea forma de cumplir cualquier tipo de obligación (es decir, de dar, de hacer o de no hacer).

3. FORMAS O MODALIDADES DE “DINERO ELECTRÓNICO”. SU CONCEPTO LEGAL ACTUAL

3.1. La doctrina especializada en el concepto que me ocupa pone de relieve que la expresión “dinero electrónico” no está claramente delimitada⁹. La primera de los dos autores citados en la nota escribió que, a lo largo del tiempo, esa denominación se ha aplicado a distintos sistemas de pago: inicialmente, transferencias electrónicas de fondos; posteriormente, se calificó así a las tarjetas de banda magnética; y, en la actualidad, se utiliza también con frecuencia para referirse a una amplia variedad de mecanismos de pago, como las tarjetas inteligentes de prepago y el dinero electrónico almacenado en la memoria de un ordenador¹⁰.

⁸ Parágrafo (7) del preámbulo de la Directiva comunitaria 2000/46/CE, de 18-IX-2000.

⁹ Me remito al apartado de bibliografía, pero merecen particular cita al respecto MARTÍNEZ NADAL, Apol-lònia, *El dinero electrónico (Aproximación jurídica)*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 43-100, y MATEO HERNÁNDEZ, José Luis, *El dinero electrónico en internet. Aspectos técnicos y jurídicos*, Comares, Granada, 2005, págs. 105-184. Para quienes, como es mi caso, somos poco versados en las llamadas nuevas tecnologías, es muy de agradecer que se proporcione una cierta aproximación a la misteriosa terminología propia del caso, en la que, no por casualidad, un vocablo central es el de *criptografía* (“arte de escribir con clave secreta o de un modo enigmático”).

¹⁰ Pág. 43. Poco más adelante, pág. 45, la autora dijo: “*Ante la diversidad de productos y de características, en un intento de sistematización, los distintos productos de dinero electrónico (datos*

3.2. El concepto de "dinero electrónico" fue muy conocido ya, en Estados Unidos, en la década de los 80 del siglo pasado¹¹.

En el Derecho comunitario europeo hubo ya una referencia al concepto, aunque de forma incidental, en la Recomendación 97/489/CE, de la Comisión, de 30-VII-1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago. La Directiva (en lo sucesivo, D) 2000/28/CE, del Parlamento y del Consejo, de 18-IX-2000 atribuyó la consideración de entidades de crédito a los emisores de dinero electrónico.

Pero fue la D 2000/46/EC, del Parlamento y del Consejo, también de 18-IX-2000, la que consagró desde el punto de vista normativo la noción de dinero electrónico y estableció las reglas sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como la supervisión cautelar de las mismas. En su art.1, sobre *definiciones*, se dijo: "*Dinero electrónico: un valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor: i) almacenado en un soporte electrónico, ii) emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor monetario emitido, iii) aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor*".

De aquella definición se desprendía, en primer lugar, un concepto de dinero electrónico que luego se ha ido repitiendo: el de considerarlo como un *valor monetario* representado por un crédito exigible a su emisor; es decir, y en síntesis, la calificación jurídica resultante significaba que el dinero electrónico era, conceptualmente hablando, un *derecho de crédito* contra el emisor, circunstancia de la que, a mi entender, se desprenden

digitales que representan un determinado valor monetario) se clasifican generalmente en dos grandes categorías en función del soporte material o soporte electrónico en el que se almacena el valor monetario: por una parte, tarjetas monedero y, por otra parte, monedas almacenadas en la memoria de un ordenador; en definitiva, dinero electrónico de tipo software (almacenado en el disco duro del usuario) y de tipo hardware (almacenado en chips de tarjetas inteligentes)". Y también a continuación, la autora hizo una descripción "técnica" de los mecanismos de funcionamiento del "dinero electrónico incorporado o almacenado en tarjetas inteligentes" y de los del "dinero electrónico almacenado en la memoria de un ordenador" (o "dinero en red").

¹¹ Se encuentra una minuciosa descripción en MATEO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 251-320.

considerables consecuencias jurídicas¹². En segundo término, se decía que el dinero electrónico es un *efecto* (esto es, algo posterior) de haber recibido el emisor "fondos" (o sea, dinero efectivo) por un valor no inferior al del dinero electrónico emitido. En tercer lugar, se contemplaba el dinero electrónico en una única "función": la de ser un medio de pago, en tanto en cuanto fuese aceptado como tal por empresas distintas del emisor¹³.

Por otro lado, aquella Directiva estableció un régimen específico de supervisión cautelar para las llamadas "entidades de dinero electrónico", que el art. 1.3.a) definió como "*una empresa o cualquier otra persona jurídica distinta de una entidad de crédito tal y como se define en la letra a) del párrafo primero del punto 1 del artículo 1 de la Directiva 2000/12/CE*¹⁴, que emita medios de pago en forma de dinero electrónico".

Hago notar, por otro lado, que en la Directiva que ahora me ocupa, art. 3, se atribuyó la equívoca denominación de "*portador*" a la persona que hubiese entregado "fondos" a la entidad de dinero electrónico, precisamente para recibir este último. Y el propio art. 3 daba por sentado algo que por lo demás es obvio: que entre el emisor y el portador existe un contrato¹⁵.

3.3. En el art. 21 (hoy derogado) de la L 44/2002, de 22 de noviembre, de reforma del sistema financiero, se recogieron algunos de los conceptos y reglas de la D 2000/46, siendo de hacer notar la buena expre-

¹² De forma muy gráfica, el párrafo (8) del preámbulo dijo que la recepción de fondos del público a cambio de dinero electrónico "*se plasma en un saldo acreedor con la institución emisora y disponible en una cuenta*".

¹³ La misma noción del dinero electrónico se había expresado en el párrafo (3) del preámbulo, al decir: "*A efectos de la presente Directiva, se considerará el dinero electrónico como un sustitutivo electrónico de las monedas y los billetes de banco, almacenado en un soporte electrónico como, por ejemplo, una tarjeta inteligente o la memoria de un ordenador y que, en general, está pensado para efectuar pagos electrónicos de cuantía limitada*".

¹⁴ Era la Directiva de 20-III-2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.

¹⁵ La referencia al contrato es, en este caso, en relación con el ejercicio del derecho de reembolso que se atribuye al *portador* de dinero electrónico.

sión técnica contenida en su apartado segundo: “*Se entenderá por dinero electrónico el valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor*”. Seguía una apretada enumeración de los rasgos que la D 2000/46 había establecido en relación con el dinero electrónico y las entidades de dinero electrónico.

3.4. La D 2009/110/CE, de 16 de septiembre, tiene por objeto básico regular el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como la supervisión prudencial de las mismas. Deroga la D 2000/46, antes citada.

En esta nueva Directiva se insiste particularmente en la relación entre dinero electrónico y los llamados “servicios de pago”, sobre todo en la figura de la llamada “*entidad de pago*”¹⁶. Así, en el párrafo (5) del preámbulo se dice: “*Resulta adecuado limitar la aplicación de la presente Directiva a los proveedores de servicios de pago que emitan dinero electrónico*”.

En relación con el objeto del presente trabajo, interesa destacar algunas novedades introducidas por la Directiva que ahora me ocupa y hacer otras observaciones.

¹⁶Es oportuno recordar que los denominados “servicios de pago en el mercado interior” fueron el objeto de la D 2007/64/CE. Fue traspuesta (“incorporada parcialmente”) al Derecho español por la L 16/2009, de 13 de noviembre, llamada, precisamente, “de servicios de pago”. A efectos de precisión terminológica y de establecer las conexiones entre *servicios de pago* y *dinero electrónico*, interesa reproducir algunas de las definiciones del art. 1 de la Ley en cuestión. “Entidad de pago”: una persona jurídica a la cual se haya otorgado autorización, para prestar y ejecutar servicios de pago; “operación de pago”: un sistema de transferencia de fondos regulado por disposiciones formales y normalizadas, y dotado de normas comunes para el tratamiento, liquidación o compensación de operaciones de pago; “ordenante”: una persona física o jurídica titular de una cuenta de pago que autoriza una orden de pago a partir de dicha cuenta o, en el caso de que no exista una cuenta de pago, la persona física o jurídica que dicta una orden de pago; “beneficiario”: una persona física o jurídica que sea el destinatario previsto de los fondos que hayan sido objeto de una operación de pago; “fondos”: billetes y monedas, dinero escritural (*sic* en la versión en español) y dinero electrónico; “agente”: una persona física o jurídica que presta servicios de pago en nombre de un proveedor de servicios de pago.

En el concepto de “emisores de dinero electrónico” se incluyen, entre otras, las “entidades de dinero electrónico”. Este último concepto se define como “*toda persona jurídica a la cual se haya otorgado autorización, de conformidad con el título II, para emitir dinero electrónico*” (art. 2).

De otro lado, se amplía el concepto de “dinero electrónico”, definido ahora como “*todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que representa un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago, ... y que es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico*”. Es decir, se ha ampliado el ámbito del soporte de almacenamiento, ya que, además del electrónico (el de la D 2000/46), se incluye el soporte magnético¹⁷.

La expresa exigencia de que el dinero electrónico sea aceptado por una persona distinta del emisor (en principio, el receptor del pago) significa inequívocamente que el llamado dinero electrónico no es *dinero* en sentido estricto, ya que no tiene la característica de ser un medio de pago de aceptación universal; esto es, carece de lo que en el *dinero efectivo* sería el “curso legal”.

Por otra parte, la circunstancia de que ahora se considere dinero electrónico al contenido en un dispositivo de pago en poder del titular del dinero electrónico (soporte magnético) daría pie, con cierta laxitud, a considerar que en este caso el dinero electrónico es un *título valor*, en el

¹⁷ El párrafo (7) del preámbulo ya había anunciado: “*Resulta adecuado introducir una definición clara de dinero electrónico para que este concepto sea técnicamente neutro. Dicha definición debe cubrir todas las situaciones en las que el proveedor de servicios de pago emita un instrumento de valor almacenado y prepagado a cambio de fondos, y el cual pueda utilizarse como modo de pago porque la tercera persona lo acepta como tal*”. Y el párrafo 8, en su primer inciso, reza: “*La definición de dinero electrónico ha de extenderse al dinero electrónico tanto si está contenido en un dispositivo de pago en poder del titular del dinero electrónico o almacenado a distancia en un servidor y gestionado por el titular del dinero electrónico mediante una cuenta específica para el dinero electrónico*”. Sobre este extremo, v. VEGA VEGA, José Antonio, “Caracterización jurídica del dinero electrónico en la Ley 21/2011”, en *Revista de Derecho mercantil*, 285, 2012, págs. 137-164; en concreto, págs. 146-147.

sentido de que se trata de un “documento” al que se “incorpora” un derecho de crédito susceptible de transmisión. Ahora bien, esa característica no concurre, evidentemente, en el caso en el que el dinero electrónico está “almacenado a distancia en un servidor” (es decir, en la hipótesis de almacenamiento en soporte electrónico).

Se mantiene la calificación jurídica del dinero electrónico como un “crédito sobre el emisor”, consecuente a la recepción –por este último– de unos “fondos”. En la versión en español de la Directiva, se dice precisamente eso: “crédito sobre el emisor”. Esta expresión no parece muy afortunada en nuestro idioma, en el que sería más correcto, a mi juicio, decir “contra el emisor”¹⁸.

Ahora, para identificar al receptor del dinero electrónico se utiliza la denominación, mucho más correcta que la anterior, de “*titular*” (p. ej., art. 11)¹⁹. Porque, en efecto, se trata del *titular* de un derecho de crédito, como queda dicho.

Y ya que me refiero al *titular*, es al menos curioso que el párrafo (13) del preámbulo de esta Directiva, al decir que los titulares de dinero electrónico no pueden estar autorizados a conceder intereses u otro tipo de beneficio, puntualice que esto es “*a menos que ese beneficio esté relacionado con el tiempo durante el cual el titular del dinero electrónico está en posesión del dinero electrónico*”. Sin perjuicio de que el texto reproducido presente el carácter repetitivo que es tan frecuente en las normas comunitarias, resulta un tanto llamativo que se utilice la expresión “*en posesión del dinero electrónico*”. Quiero

¹⁸ Es posible que la edición en español se haya basado en la edición en lengua francesa, en la que el art. 2 dice: “*Monnaie électronique*: une valeur monétaire qui est stockée sous une forme électronique, y compris magnétique, représentant une créance sur l’émetteur...”. En la edición en inglés, el mismo pasaje dice: “*‘electronic money’ means electronically, including magnetically, stored monetary value as represented by a claim on the issuer...*”. En todo caso, es claro que se trata de lo que la terminología propia del Derecho de obligaciones conocemos como un *derecho de crédito*.

¹⁹ En la edición en francés, “*détenteur de monnaie électronique*”. Y en inglés, “*electronic money holder*”.

decir que la palabra “posesión” me parece un tanto inadecuada; p. ej., no diríamos nunca que el titular de una cuenta corriente bancaria *está en posesión* del saldo (me refiero al positivo, naturalmente) de esa cuenta corriente.

La interpretación del actual concepto legal de dinero electrónico también permite (o quizás exige) poner el acento en la expresión en la que se dice que el dinero electrónico se emite “*con el propósito de efectuar operaciones de pago*”. El problema, que está en la médula de la cuestión que planteo en el presente trabajo, consiste en determinar si el “titular”, en un momento determinado, de dinero electrónico, sólo puede destinarlo a efectuar un pago (se entiende, él mismo), o si puede transferirlo o transmitirlo para que el *adquirente* en virtud de esa transmisión lo destine, precisa y necesariamente, para llevar a cabo un pago que le corresponde efectuar. Si aceptamos esta segunda interpretación, fiel al tenor literal de la norma (“*propósito de efectuar operaciones de pago*”), estaríamos diciendo que el dinero electrónico ha sido objeto de una *circulación* anterior al pago.

La Directiva a la que ahora me refiero vuelve a utilizar la afirmación de que el dinero electrónico es “*un sustituto electrónico de monedas y billetes para su uso como modo de pago, generalmente de cantidades limitadas*”. Lo hace en el párrafo (13) de su preámbulo, para puntualizar que el carácter del dinero electrónico no es el de ser un “medio de ahorro”²⁰.

Volviendo sobre la idea de *circulación* del dinero electrónico, la Directiva, en el art. 3.4, dispone: “*Los Estados miembros permitirán a las entidades de dinero electrónico distribuir y reembolsar dinero electrónico por intermediación de personas físicas o jurídicas que actúen en su nombre*”. Evidentemente, la “distribución” constituye una forma de *circulación* del dinero electrónico.

²⁰ Se dice esto con motivo de la advertencia de que la emisión del dinero electrónico no constituye una actividad de recepción de depósitos de acuerdo con la Directiva 2000/48/CE, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio. La declaración del preámbulo tiene relación con el art. 12, según el cual, “*los Estados miembros prohibirán la concesión de intereses o cualquier otro beneficio relacionado con el tiempo durante el cual un titular de dinero electrónico está en posesión de dinero electrónico*”.

Y el alcance de la norma citada debe ponerse en relación con el párrafo (10) del preámbulo, que dice en su primer inciso: *“Se admite que las entidades de dinero electrónico distribuyan dinero electrónico, inclusive mediante la venta o reventa al público de productos de dinero electrónico, suministrando un medio de distribución de dinero electrónico a petición de los clientes o aportando fondos complementarios a los productos de dinero electrónico de los clientes, a través de personas físicas o jurídicas actuando en su nombre, de conformidad con los requisitos de sus respectivos modelos de empresa”*.

Y el inciso segundo del párrafo añade: *“Si bien las entidades de dinero electrónico no están capacitadas para emitir dinero electrónico a través de agentes, deberían sin embargo estar autorizadas a prestar los servicios de pago que se enumeran en el anexo a la Directiva 2007/64/CE a través de agentes, siempre que se cumplan las condiciones que establece el artículo 17 de dicha Directiva”*²¹.

3.5. La D 2009/110 fue objeto de trasposición al Derecho español por medio de la L 21/2011, de 26 de julio. Así lo declaró su disposición final undécima, sobre *“Incorporación de Derecho de la Unión Europea”*.

Coherente con la Directiva traspuesta, el art. 1.2. de la L define el dinero electrónico: *“Se entiende por dinero electrónico todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago según se definen en el artículo 2.5 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico”*.

También ajustándose a la Directiva, el art. 15.3 (artículo ubicado en el Capítulo IV, sobre *“Otras disposiciones relativas a las entidades de dine-*

²¹ Se recordará que la D 2007/64, a la que se remite el texto reproducido, es la de 13-XI-2007, sobre servicios de pago en el mercado interior. Su art. 17 versa sobre *“utilización de agentes, sucursales o entidades mediante actividades externalizadas”*. Su apartado 1 establece las condiciones que deben concurrir cuando las entidades de pago tengan el propósito de prestar servicios de pago a través de un agente, extremo que no es necesario desarrollar aquí.

ro electrónico”) dispone en su primer inciso: “Las entidades de dinero electrónico podrán distribuir y reembolsar dinero electrónico por intermediación de personas físicas o jurídicas que actúen en su nombre”. Previamente, el apartado 2 del mismo art. 15 había dispuesto: “Las entidades de dinero electrónico estarán capacitadas para prestar los servicios de pago a que se refiere el artículo 8.1.a) de esta Ley por intermediación de agentes únicamente si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 12 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y sus normas de desarrollo”.

Esta Ley contrasta con la Directiva traspuesta en un extremo que, a primera vista, parecería tener relación con la cuestión que motiva el presente trabajo. Me refiero a la circunstancia de que en la Ley española está ausente la palabra “circulación”, referida al dinero electrónico. Ahora bien, debe puntualizarse que la expresión “en circulación”, que se utiliza varias veces en la Directiva (p. ej., arts. 4.2, 4.3, 5.1, 5.6 -2 veces- y 8.1), no responde al fenómeno de “hacer circular” el dinero electrónico, sino que obedece a la finalidad de poder aplicar controles o límites sobre el dinero electrónico “puesto en circulación” (es decir, transmitido a los diversos titulares, o receptores) por parte de una entidad de dinero electrónico (o emisora). Y no agotado o consumido (es decir, ya utilizado en su función de medio de pago).

La Ley, en su art. 17, hace una limitada alusión al contrato entre el emisor de dinero electrónico y el titular del mismo; es para referirse a las condiciones de reembolso. Pero, desde luego, es claro que las relaciones entre emisor y titular estarán siempre sujetas a las estipulaciones de un contrato, bien sea “predispuesto”, esto es, bajo la fórmula de contrato de adhesión, bien sea de los considerados como “individualmente negociados”.

Por fin, la Ley expresa en varias ocasiones la posible relación entre el dinero electrónico y la prevención del blanqueo de capitales. Así, en el apartado III del preámbulo se anuncia el contenido de la disposición final octava, de modificación de la L 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, con el

objeto de incorporar expresamente a las entidades de dinero electrónico como sujetos obligados por dicha normativa²². El art. 16, sobre "Conservación de documentos", dispone que las entidades de dinero electrónico conservarán todos los documentos necesarios a efectos de la propia Ley durante, al menos, cinco años, sin perjuicio de lo dispuesto en la L 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales. Y el art. 22, sobre "información y secreto profesional", establece en su apartado III que el Banco de España podrá intercambiar información que sea relevante para el ejercicio de sus respectivas competencias con, entre otros, las autoridades pertinentes designadas en la repetida L 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales.

3.6. El Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, constituyó el desarrollo reglamentario de la L 11/2011, a la que acabo de referirme.

El hecho de la "distribución" de dinero electrónico se encuentra, p. ej., en el art. 3.1.h), en el art. 8.2 ("*distribuidores de entidades de dinero electrónico extrajeras*"), en el art. 10.3 (*distribución de dinero electrónico en otro Estado miembro*), en el art. 11.5 y 11.6 (2 veces) y en el art. 12.1 y 12.2 (en este último caso, con referencia a la "red de agentes o distribuidores").

4. SOBRE LA VIABILIDAD DE UNA GENUINA "CIRCULACIÓN" DEL DINERO ELECTRÓNICO. EN CASO AFIRMATIVO, ¿DE QUÉ MANERA? "INTERFERENCIA" DE LA NORMATIVA SOBRE *BLANQUEO DE CAPITALS*

4.1. Como decía al principio, la *circulación* es característica natural del dinero en sentido estricto, esto es, del *dinero efectivo*, tanto desde el punto de vista jurídico (en cuanto bien, no ya fungible, sino "ultrafungible"),

²² En el art. 2.1 de esta última Ley se introduce un nuevo inciso, redactado del siguiente modo: "h) *Las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico*".

como desde una perspectiva económica. En este último sentido, el dinero es el paradigma de lo que nuestro Diccionario entiende, en la acepción 3 de la palabra “circulación”, con referencia a su significado en la Economía; se dice que es el “movimiento de los productos, monedas, signos de crédito y, en general, de la riqueza”.

Pero no sólo el dinero *circula*, sino que lo hacen otros instrumentos económicos, con su correspondiente significado jurídico, cuales son los llamados *títulos-valores*. Éstos, según la opinión dominante, consisten en documentos sobre un derecho privado, cuyo ejercicio y cuya transmisión están condicionados a la posesión del documento²³. En esta materia, es clásico o tradicional hablar de “ley de la circulación” de cada clase de título-valor, entendiendo por tal concepto el conjunto de requisitos que deben concurrir para que un sujeto adquiera la titularidad del derecho incorporado al documento o la simple legitimación para ejercitarlo. Según pone de manifiesto la doctrina, esos requisitos varían según cuál sea la clase de título-valor transmitido. Y, como también señala la doctrina, en ocasiones, la *ley de circulación* que prevalece es la que atribuye la legitimación y no la titularidad del derecho incorporado al documento. De acuerdo con ese concepto de “ley de la circulación”, se distingue entre títulos al portador, títulos a la orden y títulos nominativos o directos.

Decía antes que el dinero electrónico no es realmente *dinero*, del mismo modo que no es (o no es siempre) un *título-valor*. No obstante, y como también vengo apuntando desde el principio, la denominación misma de “dinero electrónico”, así como la circunstancia de que su definición legal le atribuya la condición de “valor monetario”, justifican, a mi entender, el planteamiento de la cuestión o pregunta de si el dinero electrónico puede *circular* en el mercado, transmitiéndose de una persona a otra y sin por ello perder su condición propia y originaria, esto es, la de *dinero electrónico*.

²³ Por todos, BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho mercantil*, 19ª edición a cargo de Fernando Martínez Sanz, Tecnos, Madrid, 2012, II, págs. 451-466, sobre todo.

Es claro que cuando la entidad de dinero electrónico lo emite en favor de un determinado *titular*, hay ya una *circulación* de ese "dinero". La L 21/2011 dice en su art. 8.3 que "*los fondos que el titular del dinero electrónico entregue a la entidad de dinero electrónico se cambiarán de manera inmediata por dinero electrónico*". Ese "cambio" constituye, sin duda, una "circulación". Pero no es a este caso al que ahora quiero referirme.

También *circula* el dinero electrónico cuando es objeto de "distribución". Concepto este último del que ni la Directiva ni la Ley española formulan una definición o una descripción. En la Ley, el art. 15.3, inciso primero, declara que las entidades de crédito podrán "*distribuir y reembolsar dinero electrónico por intermediación de personas físicas o jurídicas que actúen en su nombre*". Todo mueve a pensar que la "distribución" constituye una *venta*, en el sentido más amplio de la palabra, de documentos ("tarjetas") que *incorporan* o *representan* un valor monetario (en definitiva, una cantidad de dinero, ciertamente *no efectivo*) con el que se pueden realizar operaciones económicas diversas, entre ellas la de llevar a cabo pagos de ciertos bienes o servicios²⁴.

²⁴ Por cierto, cabe preguntarse si las personas físicas o jurídicas a las que se refiere el apartado 3 del art. 15 constituyen o no "agentes", palabra esta última que constituye la rúbrica del propio art. 15. Si la contestación fuese afirmativa, habría que considerar que se trata de una modalidad especial de "agencia". A este respecto, me inspiro en la definición que de "agente" se hace en el art. 1 de la L 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia. Ese art. 1 da cabida al caso en el que el agente promueva y concluya actos u operaciones de comercio por cuenta y en nombre ajenos, pero esta hipótesis tiene un notorio carácter excepcional, como resulta del art. 6 de la misma Ley, que reza: "*Conclusión de actos y operaciones de comercio en nombre del empresario. El agente está facultado para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero sólo podrá concluirlos en nombre del empresario cuando tenga atribuida esta facultad*". Por lo que acabo de decir, la acción de "distribución" llevada a cabo por un *agente* entraña una relación jurídica directa entre la entidad de dinero electrónico (el emisor) y la persona a la que se transfiere el correspondiente *dinero electrónico*. Y esto, en virtud de lo que dispone el inciso segundo del párrafo segundo del art. 1.717 CC, que constituye una manifestación de lo que doctrinalmente conocemos como "representación directa". Lo claro es que el "agente" del caso no es un empleado de la entidad de dinero electrónico, esto es, no tiene el carácter de "dependiente", por usar una palabra presente en el Código civil.

De hecho, se conoce en España hoy la existencia de una “tarjeta”, calificada como “*tarjeta prepago*” y que, una vez activada, permite a su titular almacenar fondos en el propio instrumento de pago (mediante operaciones de recarga), iniciar órdenes de pago destinadas a la adquisición de bienes y servicios en establecimientos nacionales o extranjeros que admitan este medio de pago con cargo al dinero electrónico previamente almacenado, disponer de efectivo en cajeros de aquellas entidades con las que existan acuerdos al respecto y cualquier otro servicio que se ponga a su disposición.

Pero la cuestión que planteo ahora es la de si el *titular* del dinero electrónico puede hacerlo “circular”, de suerte que la *titularidad* de ese “valor monetario” pase a formar parte del patrimonio de otra persona. Pregunta que, de merecer respuesta afirmativa, conduciría a la hipótesis de que el “*segundo titular*” transfiriese o transmitiese la titularidad de ese mismo dinero electrónico a otra persona distinta; y así, sucesivamente, a otra u otras distintas y posteriores. No parece necesario insistir en que me refiero a un “mismo dinero electrónico”, esto es, al que imaginariamente identificásemos como objeto de *una misma emisión*.

Cuando el dinero electrónico este “almacenado” (art. 1.2 de la L 21/2011) en un soporte magnético “en poder del titular” de ese dinero electrónico –parágrafo (8) de la D 2009/110, en relación con la definición de “dinero electrónico” del art. 2 de la misma Directiva–, parece en principio (esto es, si no hubiera unas condiciones especiales en la emisión de ese concreto dinero electrónico) que su “circulación” se produciría por virtud de la simple entrega física del soporte magnético propio de cada caso. Estoy pensando en la hipótesis de que el dinero electrónico en cuestión estuviese “almacenado” (es decir, “contenido”) en una tarjeta cuya utilización no requiriese que el concreto usuario se identificase ante el receptor del “valor monetario” del soporte (en su caso, perceptor de un pago).

Cabe preguntarse, sin embargo, si todos o cualquiera de estos “instrumentos” están bajo el imperio de la L de dinero electrónico. Se impone

esta advertencia porque la letra a) del apartado 3 del art. 1 dispone que esa Ley no se aplicará, entre otros, a aquel valor monetario *"almacenado en instrumentos que puedan utilizarse para la adquisición de bienes o servicios únicamente en las instalaciones del emisor o, en virtud de un acuerdo comercial con el emisor, bien en una red limitada de proveedores de servicios o bien para un conjunto limitado de bienes o servicios, de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente"*. Se recoge así lo declarado en el párrafo (5) del preámbulo de la D 2009/110, cuando dice: *"La presente Directiva no debe aplicarse al valor monetario almacenado en instrumentos prepagados específicos, diseñados para satisfacer necesidades precisas y cuyo uso esté limitado, porque el titular del dinero electrónico sólo pueda adquirir con ellos bienes o servicios en los locales del emisor de dinero electrónico, o dentro de una red limitada de proveedores de servicios que hayan celebrado un acuerdo comercial directo con un emisor profesional, bien porque puedan utilizarse sólo para adquirir una gama limitada de bienes o servicios. Debe considerarse que un instrumento se utiliza dentro de una red limitada si sólo puede emplearse para la adquisición de bienes y servicios en un determinado establecimiento o cadena de establecimientos, o para una serie limitada de bienes y servicios, sea cual sea la localización geográfica del punto de venta. Tales instrumentos podrían incluir las tarjetas de compra, tarjetas de combustible, tarjetas de socio, tarjetas de transporte público, vales de alimentación o vales de servicios (tales como vales de servicios de guardería, vales de servicios sociales o regímenes de vales de servicios que subvencionen el empleo de personal encargado de los trabajos domésticos como la limpieza, la plancha o la jardinería), sujetos a veces a un marco jurídico específico en materia fiscal o laboral destinado a promover el uso de tales instrumentos para lograr los objetivos establecidos en la legislación social"*²⁵.

²⁵ Debe entenderse, a mi juicio, que estas palabras del preámbulo de la Directiva tienen valor como criterio de interpretación del texto, que no me parece muy afortunado, de la antes referida letra a) del art. 1.3 de la Ley española. Debe advertirse también de que la no aplicación de la Ley 21/2011 a los "instrumentos" en cuestión no significa que carezcan de reglamentación legal; se entiende que les serán de aplicación los conceptos, las reglas y los principios propios del Derecho de obligaciones y, en su caso, siquiera por analogía, el régimen de algunas figuras contractuales contenidas en el Código civil o en el de comercio.

4.2. El problema reside en los casos en los que el dinero electrónico está “almacenado” a distancia en un servidor y gestionado por el titular del dinero electrónico mediante una cuenta específica para el dinero electrónico –parágrafo (8) de la D 2009/110–; esto es, *valor monetario almacenado por medios electrónicos*, según el art. 2 de la misma Directiva.

Prescindiendo ahora de las restricciones que deriven de la legalidad, en materia de *blanqueo de capitales* (es decir, reflexionando como si esas restricciones no existieran), propongo la tesis de que el dinero electrónico es susceptible de *circulación* de acuerdo con los criterios –por así decirlo– clásicos o tradicionales del Derecho civil.

El punto de partida de mi sugerencia es una idea que se encuentra presente en las sucesivas definiciones legales de “dinero electrónico”.

En efecto, es constante la caracterización del dinero electrónico como “un crédito –del ahora bien llamado *titular*– sobre –o contra– el emisor. Como hemos visto más arriba, el parágrafo (8) de la D 2000/46 dijo ya que la recepción de fondos que da lugar al “cambio” por dinero electrónico “*se plasma en un saldo acreedor con (quiere decir contra) la institución emisora*”.

Así las cosas, no encuentro obstáculo conceptual para que esta concreta modalidad de dinero electrónico pueda ser objeto de *circulación* mediante la aplicación de las reglas generales sobre la llamada “transmisión de créditos”²⁶.

De otro lado, no debe olvidarse que el propio parágrafo (5) del preámbulo de la Directiva contiene una especie de *excepción a la exclusión*, pues (a renglón seguido del texto que se acaba de transcribir) dice: “*En caso de que un instrumento con fines específicos como este se convierta en un instrumento con fines más generales, dejará de estar excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Los instrumentos que puedan utilizarse para comprar en establecimientos de comerciantes afiliados no deben estar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva, pues suelen estar pensados para una red de proveedores de servicios que crece constantemente*”.

²⁶ Utilizo la palabra “transmisión” por ser la usada en la rúbrica del Capítulo VII del Título IV del Código civil (arts. 1.526 a 1.536). Posiblemente, ese vocablo (“transmisión”) es el único digno de *salvarse* de la desafortunada y tan criticada rúbrica. En la que, en pri-

Partiendo de la base de que, como dice el art. 1.112 CC, “*todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario*”, considero que el crédito constituido por la modalidad de dinero electrónico a la que ahora me refiero puede ser transmitido por su titular a un tercero, que sería, así, adquirente del crédito y, por ende, su nuevo titular. No parece necesario recordar que el negocio jurídico de cesión de un crédito, sea cual sea su “causa”²⁷, sólo produce efectos respecto al deudor desde el momento en que tenga “conocimiento de la cesión”, de acuerdo con el art. 1.527 CC. Este precepto, puesto en relación con el art. 1.164, significa que si la transmisión del crédito ha sido puesta en conocimiento del deudor, éste sólo quedará liberado de la obligación (es decir, habrá *pagado*, quedando extinguida su deuda) si el pago se hace al adquirente del crédito —el llamado habitualmente “*cesionario*”—; precisamente por ser, en ese momento del pago, el verdadero y único acreedor.

Ahora bien, siendo así que la transmisión de crédito a la que ahora me refiero no es con finalidad de pago, sino que obedece a cualquier otro propósito negocial entre transmitente y adquirente, se plantea la cuestión de si, tratándose precisamente como se trata de dinero electrónico, constituiría un obstáculo para la transmisión el hecho de que, según hemos visto antes, el art. 2 de la D 2009/110 vincula o enlaza el concepto de “dinero electrónico” con el “propósito de efectuar operaciones de pago”, expresión que se repite en el art. 1.2 de la Ley española de trasposición, esto es, la muy repetida L 21/2011.

Es claro que la objeción al supuesto caso de “circulación” del dinero electrónico que ahora propongo consistiría, precisamente, en que la transmisión del crédito del *titular* contra la *entidad emisora* no obedece a un “propósito de pago”.

mer lugar, parece que la *transmisión* de un crédito sólo puede producirse mediante su “venta”; y en la que, en segundo término, no se tiene presente que todos los derechos, no únicamente los créditos, son “incorporales”.

²⁷ Es tradicional hablar de cesión *solvendi causa* (para pagar), *credendi causa* (para prestar) y *donandi causa* (esto es, para llevar a cabo una liberalidad).

No obstante, creo que esta objeción es superable. En efecto, lo que tanto la Directiva como la Ley española dicen no es que el dinero electrónico tenga como finalidad la de “efectuar un pago”, sino la de llevar a cabo “operaciones de pago”, que es cosa bien distinta.

Dicho de otro modo, el concepto normativo de dinero electrónico se anuda o vincula no a la causa (jurídica) por la que es el dinero puede ser objeto de transmisión (“circulación”), sino al destino *último* de tal dinero. Si, como por definición ocurre en la hipótesis que planteo, el dinero electrónico está “almacenado” en un medio electrónico (art. 2.2 de la Directiva), mediante una cuenta específica para ese dinero –parágrafo (8) del preámbulo de esa misma disposición comunitaria–, no encuentro dificultad alguna para que en esa “cuenta específica” se haga constar que en una eventual transmisión de dinero electrónico, efectuada por un *títular* en favor de un tercero, se deje constancia –además de la transmisión misma– de la existencia de un pacto por el que el transmitente y el adquirente hayan convenido que este último sólo podrá transmitir a su vez ese “dinero” a un ulterior adquirente (sería un nuevo *títular*) para que lo utilice, precisamente, como medio de pago; en su caso, medio de “pagos”, si las circunstancias de cada supuesto concreto justificasen la fragmentación del “valor monetario” en partes o porciones.

4.3. Pero sobre el *dinero electrónico*, cuyas distribución o “circulación” no dejan de ser trasvases de valores monetarios, pesan dos motivos de cautela, a estos efectos similares a los que suscita el *dinero efectivo*. La primera de esas cautelas deriva de la necesidad de preservar los principios básicos del sistema financiero. Este objetivo está expresamente manifestado en el preámbulo de la D 2009/110, así como en el de la L 21/2011.

La segunda cautela tiene su origen en las prevenciones adoptadas por el Derecho comunitario en relación con el llamado “*blanqueo de capitales*”²⁸. De ahí que el parágrafo (11) de la D 2009/110 dijera que *las enti-*

²⁸ El parágrafo (24) de la D 2009/110 hace expresa alusión a la “*prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo*”.

dades de dinero electrónico deben además estar sujetas a normas efectivas en materia de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Objetivo que se repite en el parágrafo (18) de la misma Directiva, cuando dice que el reembolso del dinero electrónico debe efectuarse de acuerdo con la normativa contra el blanqueo de capitales y contra la financiación del terrorismo. Se explica también, así, que el art. 9 de la Directiva, sobre “excepciones facultativas” (es decir, normas *nacionales* distintas de las de la Directiva), estableciera en su apartado 8 que el artículo en cuestión no será aplicable respecto a la normativa contra el blanqueo de capitales.

Más arriba he indicado pasajes de la L 21/2011 en los que se hacen las oportunas referencias a las relaciones normativas entre dinero electrónico y *blanqueo de capitales*. La circunstancia más significativa, como he dicho, es la de que en el art. 2.1. h) de la L 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, se incluyen ahora las *entidades de dinero electrónico*.

Refiriéndome a la hipótesis sobre la que gira el presente trabajo (un *titular* de dinero electrónico, que lo es por haber entregado a tal fin unos “fondos” a una entidad de dinero electrónico, transmite a un tercero su *crédito* contra la entidad emisora —o parte de él—), creo sostenible la afirmación de que dicho *titular transmitente* debe considerarse incluido en la prolija enumeración de “sujetos obligados” del art. 2 de la mencionada L 10/2010. Sin necesidad de forzadas interpretaciones, la figura en cuestión podría entenderse incluida en las letras t), v) o y) del apartado 1 del citado art. 2.

Esa calificación entrañaría la aplicabilidad de los arts. 3 a 10 de la Ley en cuestión, esto es, las reglas del Capítulo II sobre “la diligencia debida”. La “identificación formal” (art. 3) vendría dada por la existencia del correspondiente contrato (se entiende, *contrato documentado*) entre el transmitente y el adquirente del crédito objeto de transmisión. Sería necesaria, en su caso, la “identificación del titular real” (art. 4), así como sería necesario cumplir la exigencia del art. 5 sobre “propósito e índole de la relación de negocios”.

Si, como he dicho antes (subpartado 3.4), el “*propósito de efectuar operaciones de pago*” es inherente al concepto mismo de dinero electrónico –según la Ley española–, parece claro que en el contrato entre transmitente y adquirente tiene que hacerse constar la voluntad de este último de destinar el dinero electrónico “adquirido”, precisamente, a realizar pago o pagos que el adquirente tuviera que llevar a cabo –bien en el momento mismo de la transmisión, bien en un futuro– por la adquisición de bienes o servicios. Lo que llevaría consigo el cumplimiento (como consecuencia del contrato mismo de transmisión) de lo que el art. 7 de la L 10/2010 dispone sobre “aplicación de las medidas de diligencia debida”, así como el cumplimiento también de lo establecido en el art. 8 sobre “aplicación por terceros de las medidas de diligencia debida”. Y, desde luego, si se dieran las circunstancias de los arts. 11 a 16 de la misma L 10/2010 (circunstancias, dicho sea de paso, revestidas de una gran dosis de indefinición), el transmitente podría estar obligado a cumplir el régimen legal de “medidas reforzadas de diligencia debida” a las que se refieren aquellos artículos.

5. CONCLUSIÓN

Como consecuencia de todo lo anterior, planteo la “hipótesis” y una posible interpretación jurídica.

La hipótesis es la de que A es *titular* de una determinada suma de dinero electrónico, como consecuencia de haberla adquirido de B, entidad emisora, por haber aportado a esta última los “fondos” correspondientes. Pero A no es “*agente*” de B. El sujeto A es titular de un derecho de crédito contra la entidad emisora, por el importe de los “fondos” por ella entregados. El sujeto A transmite su crédito contra B, total o parcialmente, a un *tercero* o a unos *terceros*, concertando con él o con ellos el o los correspondientes contratos de *transmisión*. En dicho o dichos contratos se especifica que la suma o las sumas de dinero electrónico transmitidas lo son a efectos de que el adquirente o adquirentes las destinen a llevar a cabo el pago de deudas, ya existentes o futuras, por el concepto de cosas

o servicios recibidos. Circunstancia que se hace constar en la “cuenta específica” que la entidad emisora mantiene respecto al *titular A*.

Sentadas estas premisas, entiendo que la legalidad vigente en materia de *titularidad* de dinero electrónico no constituye obstáculo para la aplicación del régimen de transmisión de derechos de crédito presente en el Código civil.

El contrato (o los contratos) entre el *titular transmitente* y el o los *adquirentes*, llevan consigo la validez y eficacia de la transmisión, sin perjuicio de que, por lo que se refiere a la entidad emisora (o “deudor cedido”), deba notificársele el hecho de la transmisión, a efectos de lo que dispone el art. 1.527 CC. Es decir, para que la entidad emisora, como “deudor cedido”, conozca en cada momento la identidad del titular del derecho de crédito (o acreedor).

El *transmitente A* es “sujeto obligado”, a efectos de la L 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, siéndole de aplicación sus reglas sobre la “diligencia debida” y, en su caso, las propias de las “medidas reforzadas de diligencia debida”.

En suma, considero que las previsiones legales sobre la llamada “circulación” del dinero electrónico no son obstáculo para la aplicación de las reglas del Código civil en materia de transmisión de créditos. De suerte que el que he identificado como “sujeto A” puede ser actor o promotor de un fenómeno de *circulación* de dinero electrónico.

Y todo ello, porque las normas legales específicas sobre emisión y “circulación” del dinero electrónico, por muy severas que razonablemente sean, no entrañan “derogación” del régimen general sobre transmisión de créditos. Felizmente, el Código civil no ha sido esta vez modificado.

6. BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

Dado el muy preciso propósito del presente trabajo, se omiten referencias a los muy abundantes títulos cuyo objeto principal son el comercio electrónico o los *servicios de pago* en general. Del mismo modo, por evidentes imperativos, no se recogen aquí artículos demasiado anteriores a la Ley 21/2011, de 26 de julio.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El dinero electrónico y las entidades de dinero electrónico tras las reformas operadas por la Ley 21/2011, de 26 de julio, y por el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo", en *Revista de la contratación electrónica*, 118, 2012, págs. 3-37.

BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho mercantil*, 19ª edición a cargo de Fernando Martínez Sanz, Tecnos, Madrid, 2012, II.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial (II, Las relaciones obligatorias)*, sexta edición, Civitas, Cizur Menor, 2008, capítulo X, "Las obligaciones pecuniarias"; sobre todo, págs. 309-314.

ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, "El dinero electrónico: construcción del régimen jurídico emisor-portador", en *Los medios electrónicos de pago* (director Ricardo Mª. Mata y Martín, coordinador Antonio M. Javato Martín), Comares, Granada, 2007, págs. 219-267.

LOPEZ Y LOPEZ, Ángel M., "Art. 1.445", en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, II, págs. 887-889.

MADRID PARRA, Agustín, "Dinero electrónico: reflexiones sobre su calificación jurídica", en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, 116, octubre-diciembre 2009, págs. 9-56.

MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, *El dinero electrónico (Aproximación jurídica)*, Civitas, Madrid, 2003.

MATEO HERNÁNDEZ, José Luis, *El dinero electrónico en internet. Aspectos técnicos y jurídicos*, Comares, Granada, 2005.

MATEO HERNÁNDEZ, José Luis, "Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico: nuevo marco regulador de las entidades de dinero electrónico, su supervisión y la actividad emisora de este instrumento electrónico de pago", en *Revista de Derecho de sociedades*, 38, 2012, págs. 473-493.

- PASTOR SEMPERE, María del Carmen, *El dinero electrónico*, Edersa, Madrid, 2003.
- PAZ-ARES, Cándido, "Artículo 1.170", en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, II, págs. 200-227.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús, "El marco comunitario de las entidades de dinero electrónico: perfiles jurídico-privados", *Revista de contratación electrónica*, 17, 2001, págs. 29-58.
- VEGA CLEMENTE, Virginia, "Instrumentos electrónicos de pago", en *Revista de estudios económicos y empresariales*, 21, 2009, págs. 127-164.
- VEGA VEGA, José Antonio, "Caracterización jurídica del dinero electrónico en la Ley 21/2011", en *Revista de Derecho mercantil*, 285, 2012, págs. 137-164.

Alarguntasun-pentsioa eta izatezko bikoteak: Izatezko bikotea izatea eta izatezko bikotea badela egiaztatzea aurrebaldintza gisa

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ
Lanaren eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko
irakasle doktorea, Deustuko Unibertsitatea
eta AVD/ZEA Zuzendaritzaren kidea

SUMARIO: 1. SARRERA. 2. EZKONTZAKO AFEKTIBITATE-HARREMANEN ANTZEKOAK IZATEA. 3. EZKONTZEKO ERAGOZPENIK EZ IZATEA. 4. BESTE PERTSONA BATEKIN EZKONDUTA EZ IZATEA. 5. ELKARBIZITZA EGONKOR ETA NABARIA IZATEA, JUSTU KAUSATZAILEA HIL AURREKO BOST URTEETAN JARRAIAN, GUTXIENEZ. 6. ELKARBIZITZA ETA IZATEZKO BIKOTEA EGIAZTATZEA. BIBLIOGRAFIA

1. SARRERA

Gaur egun, arestian aipatu idazkera-aldaketaren ondorioz, GSLOTBren 174.3 artikuluan jaso da izatezko bikotearen definizioa, alarguntasun-pentsiorako eskubidea izan dadin. Definizio horren arabera, «izatezko bikotea izango da ezkontzeko eragozpenik izan ez eta beste pertsona batekin ezkonduta ez daudenek eraturakoa, ezkontzako afektibitate-harremanen antzekoekin, betiere, horiek egiaztatzen badute, kasuan kasuko erroldatze-ziurtagiriaren bidez, elkarbizitza egonkor eta nabaria izan dutela, justu kausatzailea hil aurreko bost urteetan jarraian, gutxienez. Izatezko bikotea badela egiaztatuko da, bai bikotearen bizilekuari dagokion autonomia-erkidegoko edo udaleko berariazko erregistroan bikotea inskribatuta dagoela dioen ziurtagiriaren bidez, bai bikote hori eratu izana jaso duen agiri publikoaren bidez. Aipatu inskripzioa nahiz kasuan kasuko agiri publikoa gauzatu beharko dira, gutxienez, kausatzailea hil baino bi urte lehenago.

Zuzenbide zibil propioa duten autonomia-erkidegoetan, aurreko idatz-zatiak aipatu elkarbizitza-betekizuna gauzatura, izatezko bikotetzat hartzea eta berau egiaztatzea bertako legeriak ezarritakoaren arabera egingo da».

Egin-eginean ere, definizio horretara betekizun desberdinak bildu direnez, jarraian, betekizun horiei erreparatuko zaie.

2. EZKONTZAKO AFEKTIBITATE-HARREMANEN ANTZEKOAK IZATEA

Ezkontzaz kanpoko elkarbizitza oinarritu behar izateak ezkontzako afektibitate-harremanen antzekoetan agerian uzten du legegilearen asmoa. Bestela esanda, legegileak izatezko bikote egonkorren edo *more uxorio* elkarbizitzaren aldeko apustua egin du¹. Beraz, bazter utzi du Kataluniako uztailaren 29ko 25/2010 Legeak, Kataluniako Kode Zibilaren bigarren liburukoak, pertsonari eta familiari buruzkoak², araututako erakundea, hots, «elkarri laguntzeko elkarbizitza edo elkarbizitza solidarioa» (240-1. artikulua eta hurrengoak). Bada, elkarbizitza-mota horretan, interes nagusia da elkarrekin bizi diren bi pertsona edo gehiagok elkarri laguntzea, gastu erkideak eta etxeke lana banatuz, bizitza-baldintzak hobetze aldera³. Bestalde, Espainiako Kode Zibilak bikote homosexualak ezkontzeko eskubidea dutela aitortu zuenetik (44.2 artikuluan), argi dago «ezkontzako afektibitate-harremanen antzekoak» esapideak bere baitara biltzen dituela sexu bereko bikoteak ere.

Edonondik begira dakiola ere, betekizun hori ezin da oso-osoan egiaztatu, eta betetzen dela ulertu behar da, bikoteko kideek duten jokabidea aintzat hartuta⁴.

3. EZKONTZEKO ERAGOZPENIK EZ IZATEA

Betekizun hori dela eta, Kode Zibilaren 44.etik 48.era arteko artikuluetatik ondorioztatzen da izatezko bikotearen kideek hurrengo betekizunak bete behar dituztela, nahiz eta autonomia-erkidego batzuetan, izatezko bikoteei buruzko legerian, horiekin bat ez datozen inguruabarrak ezarri:

¹ ALARCÓN CASTELLANO, M.M. eta ROLDÁN MARTÍNEZ, A. (2009, 100-101. orr.).

² 2010eko abuztuaren 21eko EAO, 203. zk.

³ Esate baterako, bazter utzi behar da lagunen arteko arrazoietan, ikasketa-arrazoietan, kultura-arrazoietan edo antzekoetan oinarritutako elkarbizitza [ikusi POQUET CATALÁ, R. (2013, 165. or.)].

⁴ POQUET CATALÁ, R. (2013, 165. or.).

- (a) Ezkontza gauza dadin, ezkontideen arteko adostasuna behar denez, euretariko bakoitzak Kode Zibilak ezarritako gaitasun-betekizunak egiaztatzea; izan ere, edozeinek urritasun edo anomalia psikikoak baditu, medikuei irizpena eskatu behar zaie, pertsona horrek adostasuna emateko duen gaitasunari buruz (56. artikulua). Halatan, nahitaezkoa izango da izatezko bikoteko kideak ezgaiak ez izatea, epai batek hala adierazi duelako (199 eta 1263. artikulua).
- (b) Adin nagusikoak edo emantzipatutako adingabeak izatea.
- (c) Ahaidetasunik ez izatea, euren artean, zuzeneko lerroan, odol bidez edo adopzioaren bidez, eta, euren artean, hirugarren gradurainoko albokoak ere ez izatea, odol bidez.
- (d) Euretarik edozeinen ezkontidea doloz hiltzeagatik, egile edo sopikun gisa kondenatuak ez izatea.
- (e) Ezkontza-loturarik ez izatea. Hortaz, bikoteko bi kideak izango dira ezkongabeak, alargunak, dibortziatuak edo ezkontza deuseztatuta dutenak.

Edozein kasutan, ulertu behar da izatezko bikoteen kasuan ere aplikagarri dela ezkontza-eragozpenak lekatzearen inguruan Kode Zibilaren 48. artikulua bigarren idatz-zatiak ezarritakoa⁵. Izan ere, ezkontzeko eragozpenen araubidea oso-osoan aplikatu behar da (erregela orokorra-ekin nahiz salbuespenekin), kontrakoa ez litzatekeelako zilegi izango⁶. Manu horren arabera, «alderdiak hala eskatu, eta horretarako arrazoi zuzena izanez gero, lehen auzialdiko epaileak ken ditzake albokoen arteko hirugarren graduko eragozpenak, bai eta adinaren eragozpena ere, hama-lau urtetik aurrera».

⁵ Iritzi berekoak dira, besteak beste, MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (2008, 86. or.) eta MOLINER TAMBORERO, G. (2012).

⁶ MELLA MÉNDEZ, L. (2012).

4. BESTE PERTSONA BATEKIN EZKONDUTA EZ IZATEA

Badirudi betekizun hori soberan dagoela; izan ere, bikoteko kideren bat ezkonduta balego, beste pertsona batekin ezkontzeko eragozpen-arrazoia legoke, eta aurreko betekizunean ezarri denaren arabera, izatezko bikotea eratzeke kideek ez dute izan behar ezkontzeko eragozpenik. Deigarria da, ordea, legegileak ez debekatzea izatezko bikoteko kideek beste pertsona batekin bikote-harreman egonkorra izatea. Hori horrela balitz, praktikan, aldi berean, izatezko bi bikote izango lirateke, baina bietariko bati begira ezin izango litzateke egiaztatu justu kausatzailea hil aurretik jarraikako elkarbizitza egon denik⁷.

5. ELKARBIZITZA EGONKOR ETA NABARIA IZATEA, JUSTU KAUSATZAILEA HIL AURREKO BOST URTEETAN JARRAIAN, GUTXIENEZ

Izatezko bikotearen elkarbizitza egonkorra izan beharrak bazter uzten ditu lantzean behingo harremanak (oporretan, asteburuetan...). Alabaina, elkarbizitza egonkorra ez da hautsiko arrazoi objektiboen ondorioz denboraldi batez bikotea ezin denean elkarrekin bizi. Halako arrazoiaren artean nabarmendu behar dira familia- eta lan-arrazoiak⁸. Horrelako kasuetan nahiko litzateke arrazoi horiek justifikatzearekin eta bikotea bizileku berean erroldatuta dagoela egiaztatzearekin. Ildo horretatik, egoera berezia sortzen da bikoteko kideren bat espetsxean dagoenean, epe luzez. Egoera horri dagokionez, Gizarte Segurantzaren Institutu Nazionalaren (GSINren) 2008ko apirilaren 11ko Irizpidea hartu behar da kontuan. Hartara, bikoteko kideren bat espetsxean egoteak berez ez ditu hausten afektibitate-harremanak. Baina kondena bete bitarteko denbora ezin da zenbatu elkarbizitza-ondoreetarako, elkarbizitza-

⁷ ALARCÓN CASTELLANO, M.M. eta ROLDÁN MARTÍNEZ, A. (2009, 102. or.).

⁸ Esangura horretan, ikusi DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2002, 68. or.).

rik ez baitago⁹. Beraz, afektibitate-harremani eutsiz gero, elkarbizitzaren iraupena zenbatzeko kontuan hartu behar dira espetxean sartu aurreko denbora eta espetxetik atera ondorengo denbora.

Edonondik begira dakiola ere, salbuespen-egoera horiek bazter utzita, ezin dira batu elkarrekin bizitakoaldi desberdinak¹⁰.

Elkarbizitza nabaria zer den ulertzeko, kontuan hartu behar da jurisprudentziak aspaldi adierazitakoa *more uxorio* elkarbizitzaren betekizunak ezartzean. Hartara, elkarbizitza nabaria izan dadin, nahitaezkoa da berau gauzatzea «kanpora begira eta modu publikoan, interesdunek elkarrekin jarduten dutela egiaztatzeko moduan, etxe berean elkarrekin biziz, interes eta helburuak partekatuz»¹¹. Beraz, elkarbizitza ezin da ezkutukoa izan.

Bost urteak zenbatzeari dagokionez, kontuan hartu behar da legegilearen asmoa, hau da, bikotearen harremanak egonkorra direla egiaztatzea. Halatan, asmo hori oinarri, ezkontza-loturarik ez izateko betekizuna bikotea modu formalean eratzeko unean bakarrik bete behar da, hots, bikotea Erregistroan inskribatzen denean edo bikotea eratzeko borondatea agiri publikoan adierazten denean¹². Bestela esanda, baliteke inskripzioa edo agiri publikoa egin aurretik izatezko bikoteko kideek elkarbizitza izatea, nahiz eta eurentariko bat edo bi-biak oraindik, modu formalean bederen, beste pertsona batekin ezkontuta egon (normalean, dibortziatzeko, banantzeko edo ezkontza deuseztatzeko prozesuaren izapide edo tramiteak ari-

⁹ Ez dira kontuan hartu behar hitzez nahiz idatziz bikoteak izan dezakeen aldizkako komunikazioa, bisita-aldiak, abokatuekin bi-biek duten elkarlana edota presoak baimenaldietan etxebizitza erkidean egindako denbora. Halakoak, ordea, balioko dute afektibitate-harremanek bere horretan jarraitu dutela egiaztatzeko.

¹⁰ Esangura horretan, LAMARCA I MARQUÉS, A. eta ALASCIO CARRASCO, L. «Parejas de hecho y pensión de viudedad» (2007, p. 16).

¹¹ 1992ko maiatzaren 18ko AGE ren 4. Z.O. (RJ 1992\4907).

¹² Ikusi POQUET CATALÁ, R. (2013, 167. or.). Autore horrek nabarmendu duen bezala, une horretan nahitaezkoa da bikoteko kideak izatea ezkongabeak, alargunak, dibortziatuak edo ezkontza deuseztatuta dutenak.

bidean izateagatik). Horrenbestez, elkarbizitza horrek iraundako denbora bilduko litzateke izatezko bikotetzat hartzeko egiaztatu behar den bost urteko epera¹³. Azken buruan, G SINren 2012ko irailaren 7ko Irizpenak hori berori adierazi du, Auzitegi Gorenak ezarritakoa aintzat hartuta¹⁴. Horren arabera, ezkontza-loturarik ez izateko betekizuna ez da galdatu behar kausatzailea justu hil aurreko bost urteetan (nahitaez justifikatu beharrekoak direnak), ezpada izatezko bikotea eratzeko unean, eta, jakina, eratze-une horretatik aurrera, kausatzailea hil arte. Hain justu, izatezko bikotea eratzeko inskripzioa edo agiri publikoa egin behar da, eta alarguntasun-pentsioa izan dadin, nahitaezkoa da inskripzioa edo agiri hori egitea kausatzailea hil baino bi urte lehenago, gutxienez. Horrenbestez, bi urte horietan ere ezkontza-loturarik ez izateko betekizuna bete behar da.

Azkenik, ez da ahaztu behar bost urteko edo gehiagoko elkarbizitza izan behar dela justu kausatzailea hil aurrekoa. Bada, datu esanguratsua da hori. Areak ere, baliteke alarguntasun-pentsiorako eskubiderik ez izatea urte askotan izatezko bikotea eratu duten pertsonentzako, baldin eta pertsona horiek elkarbizitza hautsi badute kausatzailea hil aurretik, edozein unetan, baita heriotza-bezperan ere¹⁵.

6. ELKARBIZITZA ETA IZATEZKO BIKOTEA EGIAZTATZEA

Bateragarriak dira jarraian azalduko diren bi betekizunak. Egin-eginean ere, bi dira kontuan hartu beharreko epeak. Batetik, elkarbizitza egonkor eta nabaria izan behar da, gutxienez, bost urtekoa, justu kausatzailea hil au-

¹³ Esangura horretan, ALARCÓN CASTELLANO, M.M. eta ROLDÁN MARTÍNEZ, A. (2009, 105. or.). Bada, autore horiek GSLOTBren 174.2 artikularen bigarren idatz-zatiak esandakoan oinarritzen dira, nabarmentzeko «elkarbizitza» egitate bat dela, eta ez egoera juridiko bat.

¹⁴ Ikusi, besteak beste, Auzitegi Gorenaren 4. salako 2011ko uztailaren 14ko doktrina bateratzeko epaia (3857/2010 erre. zk.), 2011ko azaroaren 8ko doktrina bateratzeko epaia (796/2011 erre. zk.) eta 2012ko martxoaren 13ko doktrina bateratzeko epaia (4620/2010 erre. zk.).

¹⁵ ALARCÓN CASTELLANO, M.M. eta ROLDÁN MARTÍNEZ, A. (2009, 106. or.).

rretik. Bestetik, izatezko bikotea eratzeko inskripzioa edo agiri publikoa egin behar da kausatzailea hil baino bi urte lehenago, gutxienez.

GSLOTBren 174.3 artikulua hitzez-hitzezkotasunari helduta, «elkarbizitza» hori soil-soilik egiazta daiteke kasuan kasuko erroldatze-ziurtagiriaren bidez. Horrenbestez, bikoteko bi kideak egoitza berean egon behar dira erroldatuta. Eta, horren ondorioz, badirudi bikoteko kideek, urteetan zehar, bizileku erkidea aldatu badute, ondoz ondoko erroldatzeak aurkeztu beharko dituztela.

Hitzez-hitzezkotasun hori gorabehera, eta GSLOTBren 174.3 artikulua ezarritako bi betekizunak nahastu ez daitezten, egiatan, aintzat hartu behar da jurisprudentziak nahiz GSINren irizpenek adierazitakoa.

Horrela, Auzitegi Gorenaren 4. salako 2010eko azaroaren 12ko doktrina bateratzeko epaiaren arabera¹⁶, «izatezko bikoteak bost... urtez iraun duela egiaztatu ahal izango da, berebat, Zuzenbidean onartutako frogabideetatik edozein baliatuta, batik bat, agiri bidezko frogak badira horiek, eta behar besteko garrantzia badute, erakunde kudeatzaileak edo, hala denean, epaitu behar duenak uste izateko betekizun hori betetzen dela, eta ez soil-soilik bikotearen kideen egoitzari dagokion erroldatze-ziurtagiriaren bidez»¹⁷.

Hain zuzen, GSINren 2011ko otsailaren 10eko Irizpenak jurisprudentzia horri jarraituz adierazi du erroldatze-ziurtagiriaren betekizuna *ad probatiomen* dela. Gainera, horrek berebiziko garrantzia du GSINentzako: aurkako froga ahalbidetzen du bere mesederako¹⁸. Bukatzeko, jurisprudentziak adierazitakoaren ildotik, berebiziko garrantzi juridikoa airtortu die idatzizko agiriei, besteak beste, udalaren ziurtagiriei, bankuko

¹⁶ RJ 2010\8836. Epai horrek gogoan hartzen ditu, halaber, hurrengo epai hauek, denak ere doktrina bateratzekoak: Auzitegi Gorenaren 4. salako 2010eko maiatzaren 25eko (RJ 2010\3610), 2010eko ekainaren 24koa (RJ 2010\3613) eta 2010eko uztailaren 6koa (RJ 2010\6786).

¹⁷ 3. Z.O.

¹⁸ Bada, elkarbizitza egiaztatzeko edozein frogabide baliatu ahal izateak ahalbidetzen du erroldatze-ziurtagiriak dioenaren aurka egitea; izan ere, erroldatze-ziurtagiria akasduna

ordainagiriei, Administrazio publiko desberdinetako jakinarazpenei, nominei eta abarrei.

Auzitegi Gorenaren 4. salako 2012ko maiatzaren 10eko doktrina bateratzeko epaiak gaur egun indarrean dagoen jurisprudentzia ezarri zuen¹⁹. Hiru dira jurisprudentzia horretan nabarmendu beharreko puntuak²⁰:

(a) GSLOTBren 174.3 artikuluan ezarritako bi betekizunak, hau da, «izatezko bikotea existitzea» eta «elkarbizitza egonkor eta nabaria izatea» desberdinak dira, eta bi-biak bete behar dira bizirik irauten duen bikoteari alarguntasun-pentsioa aitortzeko.

(b) Manu berean, bi betekizun horiek egiaztatzeke ezarritako erregelak ere desberdinak dira.

(c) «Izatezko bikotea badela» egiaztatu behar da, GSLOTBren 174.3 artikuluekin bat etorritik, hala izatezko bikoteen «berariazko erregistroko inskripzioaren bidez», nola bikotea «eratu dela egiaztatzen duen agiri publikoaren» bidez²¹. Horrek legegaren borondatea agertzen du, alegia, alarguntasun-pentsioa erregularizatutako izatezko bikoteei baino ez aitortzea.

izan daiteke, garai batean egiazkoa izan arren, gerora ez agertzeagatik afektibitate-harremanetan oinarritutako elkarbizitza [BORRAJO DACRUZ, E. (2011)].

¹⁹ RJ 2012\6502. Egia esan, epai horrek berea egin zuen alde aurreko beste epai batzuek ezarritako jurisprudentzia. Epai horien artean hurrengoak daude: Auzitegi Gorenaren 4. salako 2010eko uztailaren 20ko doktrina bateratzeko epaia (3715/2009 erre. zk.), 2011ko apirilaren 27ko doktrina bateratzeko epaia (2170/2010 erre. zk.), 2011ko azaroaren 22ko doktrina bateratzeko epaia (433/11 erre. zk.), 2011ko abenduaren 20ko doktrina bateratzeko epaia (1147/2011), 2011ko abenduaren 26ko doktrina bateratzeko bi epaiak (2093/2011 erre. zk. eta 245/2011 erre. zk.), 2012ko urtarrilaren 23ko doktrina bateratzeko epaia (1929/2011 erre. zk.) eta 2011ko ekainaren 15eko doktrina bateratzeko epaia (3447/2010 erre. zk.).

²⁰ 5. Z.O.

²¹ Kontuan hartu behar da, Familia Liburuak ez duela egiaztatzen izatezko bikotea dagoenik, nahiz eta agiri publikoa izan [ikusitako Auzitegi Gorenaren 4. salako 2012ko urtarrilaren 23ko doktrina bateratzeko epaia (2. Z.O. (1929/2011 erre. zk.)].

Ildo beretik doa GSINren 2012ko irailaren 7ko Irizpena ere. Irizpen horren arabera, izatezko bikotea bakarrik egiazta daiteke bikote hori berriazko erregistro publikoan inskribatuta dagoela dioen ziurtagiriaren bidez edo bikotea eratu dela dioen agiri publikoaren bidez; inskripzio edo agiri publiko hori *ad solemnitatem* justifikazioa da, eta Gizarte Segurantzaren ondoretarako bikotea eratzen duena. Horren ondorioz, ezin ordeztu daiteke *more uxorio* elkarbizitza egon dela egiaztatzearekin. Baina kausatzailea hil baino, gutxienez, bi urte lehenago izatezko bikotea eratzeko betekizun horrezaz landa, bikote hori eratu duten pertsonen arteko elkarbizitza galdatu behar da. Are gehiago, elkarbizitza horrek iraun behar du, gutxienez, bost urte justu kausatzailea hil aurretik. Bada, betekizun hori egiazta daiteke elkarbizitza egon dela uste izateko behar adinako indarra duen frogabideetatik edozein baliatuta, eta ez erroldatze-ziurtagiriaren bidez bakarrik.

Eta ildo beretik doa Auzitegi Gorenaren 4. salako 2013ko uztailaren 16ko doktrina bateratzeko epaia ere²². Hartara, argiro bereizi ditu bi betekizunok²³: bateko, betekizun materiala, hots, «elkarbizitza» egonkorra eta nabaria izatea; besteko, betekizun formala (*ad solemnitatem*), hots, izatezko bikotea eratzea, kausatzailea hil baino bi urte lehenago, gutxienez. Eta, bereizketa hori oinarri, hurrengo ondorioztatu du: GSLOTBren 174.3 artikulua araututako alarguntasun-pentsioa ez da bost urteko elkarbizitza egiaztatzen duten izatezko bikote guztientzako, baizik eta, elkarbizitzaren betekizuna beteta izateaz gain, kausatzailea hil baino, gutxienez, bi urte lehenago «erregistratuta» dauden (edo notarioaren aurrean euren lotura gauzatuta duten) bikoteentzako bakarrik. Beste hitz batzuekin esanda, alarguntasun-pentsiorako eskubidearen titulartasuna «zuzenbideko bikoteei» dagokie, eta ez «izatezko bikote» hutsei.

²² RJ 2013\6583. Egia esan, bereak egin ditu Auzitegi Gorenaren 4. salako 2011ko abenduaren 26ko doktrina bateratzeko epaiaren arrazonomenduak (ikusi 2. Z.O.) (245/2011 erre. zk.).

²³ 2. Z.O.

Orain artekoak argituta, ez da ahaztu behar GSLOTBren 174.3 artikularen azken idatz-zatiak ezarritako salbuespena, izatezko bikotearen definizioari eta halakoa badela egiaztatzeari dagokienez. Bada, salbuespen hori dela eta, «zuzenbide zibil propioa duten autonomia-erkidegoetan... aipatu elkarbizitza-betekizuna gauzatuta, izatezko bikotetzat hartzea eta berau egiaztatzea bertako legeriak ezarritakoaren arabera egingo da».

Salbuespen horren inguruan, kontuan hartu behar da Auzitegi Gorenaren 4. salako 2011ko abenduaren 14ko Autoak konstituzio-aurkakotasuneko gaia ezarri zuela²⁴. Auzitegi Gorenaren ustez, manu horrek igortzen duenez Zuzenbide zibil propioa duten autonomia-erkidegoetako legeria berezira, eta legeria berezi horietako batzuek ahalbidetzen dutenez Zuzenbidean onartutako frogabideetatik edozein baliatuta egiaztatzea Gizarte Segurantzako alarguntasun-pentsioa eskuratzeko izatezko bikotea badela, praktikan, autonomia-erkidegoetan baldintza desberdinak daude izatezko bikotea badela onartzeko, eta horrek berarekin dakar berdintasunerako eskubidea urratzea. Hurrean ere, alarguntasun-pentsioa izateko egiaztatu behar da izatezko bikotea badela, eta egiaztatze hori egiteko aintzat hartu beharreko betekizunak dira bikotearen bizilekuari dagokion autonomia-erkidegoaren arabera.

Edonola ere, Konstituzio Auzitegiak konstituzio-aurkakotasuneko gai hori ebatzi arte ez denez hori argituko, manu horren inguruko interpretazioari ekingo zaio jarraian, gaur egun duen idazkera abiapuntu.

Lehenengo eta behin, argitu behar da zuzenbide zibil propioa duten autonomia-erkidegoak direla Aragoi, Balear Uharteak, Katalunia, Galizia, Nafarroa eta Euskal Autonomia Erkidegoa²⁵. Hori berori ondorioztatzen da Konstituzioak, Konstituzio Auzitegiak eta Autonomia Estatu-tuek ezarritakotik.

²⁴ RJ\2012\3497.

²⁵ Esangura horretan ikusi RODRÍGUEZ CARDO, I.A. (2011). Hain justu, autore horrekin bat egiten dugunez, haren arrazonamenduak gureak egingo ditugu.

Konstituzioaren 149.1.8 artikulua estatuari eratziki dio eskumen esklusiboa «legegintza zibilari» dagokionez, baina salbuespen bat jaso du, autonomia-erkidegoek zuzenbide zibilak, forudunak nahiz bereziak, irauarazi, aldarazi eta garatu ahal izango dituztelako, halakoak direnetan. Edozein kasutan, estatuaren eskumenekoak dira «arau juridikoen aplikazio eta eragingarritasunari buruzko erregelak; ezkontzeko formei dagozkien harreran juridiko-zibilak; erregistro eta agerkari publikoen antolakuntza; kontratuetako betebeharren oinarriak; lege-gatazkak konpontzeko arauak eta zuzenbidearen iturriak zehazten dituztenak, betiere, azken kasu horretan, foru-zuzenbidearen edo zuzenbide bereziaren arauak errespetatuz».

Konstituzioaren 149.1.8 artikulua ez du «zuzenbide zibil propioa» aipatu, ezpada zuzenbide zibil «forudunak nahiz bereziak». Aitzitik, esapide horiek sinonimoak dira, eta hala jaso da Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentzian²⁶, bai eta jurisprudentzia arruntean ere²⁷.

Bestalde, autonomia-erkidego guztiek ez dute «zuzenbide zibil propiorik», ezpada soil-soilik hala ezarri dutenek euren autonomia-estatutuetan. Arian ere, Konstituzioaren 149.1.8 artikulua argia da horren inguruan, «halakoak direnetan» dioenean. Autonomia-estatutu desberdinak aztertuta, erraz antzeman daiteke zein diren eskumen hori euren gain hartu duten autonomia-erkidegoak: Aragoi, Balear Uharteak, Katalunia, Valentiako Autonomia Erkidea, Galizia, Nafarroa eta Euskal Autonomia Erkidegoa. Beste autonomia-estatutu batzuek «zuzenbide zibila» aipatu beharrean «ohiturazko zuzenbidea» aipatu dute. Bada, horri begira ere egin daitezke legeak, hain zuzen, berau irauarazteko. Hori berori jaso dute hurrengo autonomia-erkidegoetako autonomia-estatutuek: Asturias, Gaztela eta Leon, Extremadura eta Murtzia.

²⁶ Besteak beste, Konstituzio Auzitegiaren martxoaren 29ko 56/1990 epaia; irailaren 28ko 121/1992 epaia; martxoaren 12ko 88/1993 epaia; maiatzaren 6ko 156/1993 epaia; urriaren 16ko 236/2000 epaia; martxoaren 25eko 47/2004 epaia.

²⁷ Besteak beste, Auzitegi Gorenaren 1. salako 2000ko urtarrilaren 28ko epaia (1262/1995 erre. zk.) eta Auzitegi Gorenaren 3. salako 2008ko urtarrilaren 29ko epaia (247/2004 erre. zk.).

Zernahi gisaz, aztergai dugun gaiari dagokionez, «ohiturazko zuzenbidea» ezin da «zuzenbide zibil propiotzat» hartu. «Ohiturazko zuzenbidea» estatuko legeria zibilaren unean-uneke salbuespen gisa ulertu behar da. Halako salbuespenek ez dute osatzen behar adinako garrantzia duen arau-multzorik, ez behintzat estatuaren eta autonomia-erkidegoen artean eskumen-gatazkak eragiteko bestekoak, eta are gutxiago Gizarte Segurantzako Sistemaren eragina izateko. Esangura horretan, eztabaidaezina da Asturiasek, Gaztela eta Leonek eta Murtziak ez dutela «zuzenbide zibil propiorik». Haatik, Aragoian, Balear Uharteetan, Katalunian, Galizian, Nafarroan eta Euskal Autonomia Erkidegoan, ondoreak izan ditza-ke GSLOTBren 174.3 artikulua salbuespenak.

Valentziako Autonomia Erkidegoko autonomia-estatutuak bere gain hartu du zuzenbide zibilaren gaineko eskumena. Hala eta guztiz ere, Valentzian ez dago legegintza zibilaren aurrekari historikorik, zuzenbide zibil forudun nahiz bereziekin erkatzeke modukorik behinik behin. Ohiturazko arauketa berezia dago, gehienbat, uraren gainekoa. Labur-zurrean esanda, Valentziako Autonomia Erkidegoak ez du zuzenbide zibil propiorik.

Extremadurari dagokionez, berezitasun bakarra da Baylioko Forua. Horrek ezkontzaren araubide ekonomiko berezia arautu du, baina ez du zuzenbide zibil propioaz hitz egiteko beste garrantzirik. Ezkontzaren araubide ekonomiko arruntaren ñabardura edo berezitasuna besterik ez da.

Laburbilduz, «zuzenbide zibil propioa» eta «ohiturazko arauak» bereiztea funtsezkoa da GSLOTBren 173.4 artikulua egindako igorpenaren norainokoa zehazteko.

Estatuko legegileak aintzat hartu nahi du autonomia-erkidegoetako arautegia, betiere, horrek berezitasun nabarmenak ezar ditzakeenean familia-zuzenbidearen eraketan, eta, zehatzago, bikote-harremanetako eskubide eta betebeharrak modula ditzakeenean. Izatezko bikoteei buruzko legeak ez dira bakarrik zuzenbide zibil propioa duten autonomia-erkidegoetan onetsi. Halako berezitasunak ez dituztenetan ere onetsi dira.

Hortaz, estatuko legegileak aztertzen ari garen gaian bereizketa hori egin badu, hori hala da uste duelako zuzenbide zibil propioak zeresana izan dezakeela familiaren gaian.

Autonomia-erkidego batzuek eutsi diete ohiturazko zuzenbideko arauari, baina halakoak, gehienbat, nekazaritza-, basozaintza- eta abeltzaintza-esparrukoak dira, eta ez dituzte arautzen familia-eskubide eta -betebeharrak, autonomia-erkidego batzuetako zuzenbide zibil propioak egin antzera, askotariko berezitasunak ezartzean, konparazio baterako, ezkontzako araubide ekonomikoari, ezkontza desegitearen ondorioei edo oinordetza-eskubideei begira.

Ikuspuntu horretatik, GSLOTBren 174.3 artikulua igortzen du Aragoik, Balear Uharteak, Kataluniak, Galiziak, Nafarroak eta Euskal Autonomia Erkidegoak izatezko bikoteen inguruan egindako arauketetara bakarrik.

Gainera, GSLOTBren 174.3 artikulua zentzua izan dezan beharrezkoa da beste baldintza bat betetzea, hots, kasuan kasuko autonomia-erkidegoko izatezko bikoteei buruzko araua beren-beregi oinarritzea autonomia-erkidego horretako zuzenbide zibil propioan, eta arau horren edukia bat etortzea oinarri juridiko horrekin.

Halatan, zuzenbide zibil propiorik gabeko autonomia-erkidegoetan, izatezko bikoteei buruzko arautegia justifikatzen da berdintasunaren eta bereizkeriarik ezaren printzipioak abiapuntu hartu eta familia, eta, batik bat, adingabeak babesteko xedearekin. Hori berori gertatzen da Andaluzian, Asturiasen, Kanarietan, Kantabrian eta Madrilen, eta, baita ere, Extremaduran eta Valentziako Autonomia Erkidegoan, arestian azaldutakoaren ildotik argi utziz azken bi autonomia-erkidego horiek ez direla biltzen GSLOTBren 174.3 artikulura.

Zuzenbide zibil propioa duten autonomia-erkidegoetan, aldiz, forudunak izatean edo berezitasunak izatean oinarritzen dira izatezko bikoteen arauak.

Behin GSLOTBren 174.3 artikulua zein autonomia-erkidegoei erreferentzia egiten dien justifikatuta, kontuan hartu behar da igorpenaren objektua dela «izatezko bikotetzat hartzea eta berau egiaztatzea». Beraz, igorpenak «izatezko bikotearen» definizioa hartzen du bere baitan. Eta definizio horri begira, izaera orokorrarekin GSLOTBren 174.3 artikulua ezartzen duen betekizun bakarra elkarbizitzarena da. Hori dela eta, elkarbizitza, kasu guztietan, alarguntasun-pentsioa eskuratzeari dagokionez, izan behar da egonkorra; nabaria; jarraikakoa, justu kausatzailea hil aurreko bost urteetan, gutxienez; eta justifikatutakoa, erroldatze-ziurtagiriaren bidez edo zuzenbidean onartutako edozein frogabide baliatuta²⁸. Hori gorabehera, zuzenbide zibil propioa duten autonomia-erkidegoek gainerako betekizunak aldarazi edo ezaba ditzakete²⁹. Hurrean ere, GSLOTBren 174.3 artikulua autonomia-erkidego horiei ahalbidetzen die alarguntasun-pentsioaren onuradun izango den izatezko bikotea definitzea. Bestalde, igorpenarekin, izatezko bikotearen definizioa ez ezik, izatezko bikotea badela nola egiaztatu behar den ere zuzenbide zibil propioa duten autonomia-erkidegoen esku geratzen da. Hori dela eta, litekeena da autonomia-erkidego batzuetan, alarguntasun-pentsioa eskuratu ahal izateko, beharrezkoa ez izatea izatezko bikotea inskribatzea edo berau agiri publikoaren bidez eratzea³⁰.

Euskal Autonomia Erkidegoari dagokionez, kontuan hartu behar da maiatzaren 7ko 2/2003 Legea, izatezko bikoteak arautzekoa³¹. Horrela, lege horren arabera, «izatezko bikotea da bi pertsonaren arteko elkartze askearen ondorioa; pertsona horiek adinez nagusi edo adingabeko emantzipatuak izan behar dute, gaitasun osoa izan behar dute, eta ezin dute euren artean lerro zuzeneko odol- edo adopzio-ahaidetasunik eduki, ez eta al-

²⁸ Ildo horretatik ikusi TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2008, 76. or.).

²⁹ Ikusi Auzitegi Gorenaren 4. salako 2012ko otsailaren 28ko doktrina bateratzeko epaia (1768/2011 erre. zk.).

³⁰ DESDENTADO DAROCA, E. (2009, 126-127. orr.).

³¹ 2003ko maiatzaren 23ko EHAA, 100. zk.

boko lerroko bigarren mailako odol-ahaidetasunik ere. Harreman sexual edo afektiboa izan behar dute elkarren artean, eta berdin izango da pertsona horiek sexu berekoak edo desberdinekoak izatea. Gainera, bikoteko kideek, ez bata ez besteak, ezin dute ezkontza edo izatezko bikotearen bidezko loturarik izan beste inorekin ere» (2. 1 artikulua). Gainera, legea aplikatu dadin, nahitaezkoa da bikoteak inskribatzea Euskal Autonomia Erkidegoko Izatezko Bikoteen Erregistroan³². Areago, erregistro horretan inskribatutako bikoteak bakarrik joko dira legez eraturakotzat ondore gutzietarako (beraz, baita GSLOTBren 174.3 artikulua aplikatu eta alarguntasun-pentsioa eskuratu ahal izateko ere)³³. Alabaina, bertan erregistratzeko bikotekideetako batek behintzat Euskal Autonomia Erkidegoko lurraldean eduki behar du egoitza, eta ez da begiratu beste bikotekideak zer herritartasun duen (2.1 eta 3.1 artikulua).

Bestalde, izatezko bikotearen eraketa —eta izatezko bikotea badela— nahitaez egiaztatu behar da Euskal Autonomia Erkidegoko Izatezko Bikoteen Erregistroak emandako ziurtagiriaren bidez (3.2 artikulua). Nolanahi ere, herri batzuek udal-erregistroak dituztenez, erregistro horietan egiten diren inskripzioek eraketa-ondorio bera izango dute, baldin eta inskripzioa egitean legeak ezarritako betekizunak (gorago zehaztu direnak, alegia) betetzen badira; edozein kasutan, Euskal Autonomia Erkidegoko Izatezko Bikoteen Erregistroak egiaztatuko du betekizun horiek bete diren (3.3 artikulua).

³² Erregistro hori ekainaren 22ko 124/2004 Dekretuak arautu du (2004ko uztailaren 14ko EHAA, 133. zk.).

³³ Ondoriozta daitekeenez, erregistro horretan inskribatzea betekizun eratzaillea da, *ad sollicitudinem* alegia. Hala aitortu du jurisprudentziak ere [ikus Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren 4. salako 2011ko ekainaren 14ko epaia (1134/2011 erre. zk.)].

BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN CASTELLANO, M.M. eta ROLDÁN MARTÍNEZ, A. (2009). «Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho». In *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 59. zk.
- BORRAJO DACRUZ, E. (2011). «Pensión de viudedad y parejas de hecho: acreditación de la convivencia (1)» In *Actualidad Laboral*, 2. zk. (LA LEY 15583/2010).
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2002). *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*. Valencia: Tiran lo Blanch.
- DESDENTADO DAROCA, E. (2009). *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*. Albacete: Bomarzo.
- LAMARCA I MARQUÈS, A. eta ALASCIO CARRASCO, L. «Parejas de hecho y pensión de viudedad» (2007). In *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4. zk.
- MELLA MÉNDEZ, L. (2012). «El concepto “pareja de hecho” a efectos de la pensión de viudedad». In *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 9. zk. (BIB 2012\17).
- MOLINER TAMBORERO, G. (2012). «Parejas de hecho y pensión de viudedad». In *Diario La Ley*, 7817. zk. (LA LEY 2183/2012).
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (2008). *La reforma de la Seguridad Social por la Ley 40/2007. Incidencia de la legislación autonómica en la pensión de viudedad de las parejas de hecho*. Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- POQUET CATALÁ, R. (2013). «El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿Una realidad?» In *Temas Laborales*, 119. zk.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A. (2011). «Pensión de viudedad, parejas de hecho y Comunidades Autónomas (a propósito de la remisión a la legislación autonómica en el art. 174.3 LGSS)». In *Actualidad Laboral*, 20.zk. (LA LEY 17675/2011).
- TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2008). «La reformulación de la pensión de viudedad en la Ley 40/2007: algunas reflexiones críticas». In *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 33. zk.

La reciente reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y sus consecuencias en el Derecho civil foral vasco

ALBERTO ATXABAL RADA

Profesor Titular de Derecho Financiero y
Tributario de la Universidad de Deusto y
Miembro de la Junta Directiva de la AVD/ZEA

SUMARIO: 1. LA EXENCIÓN DE LAS TRANSMISIONES SUCESORIAS Y DE LAS DONACIONES. 2. LA DEROGACIÓN DE LA EXENCIÓN PARA LAS DONACIONES. 3. LA REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES EN 2014: LA DEROGACIÓN DE LA EXENCIÓN PARA LAS SUCESIONES Y LAS PERCEPCIONES DE SEGUROS DE VIDA. 4. EL RÉGIMEN TRANSITORIO PARA EL DERECHO CIVIL FORAL VASCO.

Sean mis primeras palabras de recuerdo para nuestro compañero fallecido hace algunas fechas, Francisco Javier Oleaga Echeverría. Cuando la Academia Vasca de Derecho decidió realizar una publicación en homenaje a Javier, se me ocurrió participar con una pequeña aportación que abordara de alguna forma el Derecho civil foral que él tanto amaba. De hecho, yo conocí a Javier cuando estaba elaborando mi tesis doctoral sobre el tratamiento fiscal del Derecho civil foral vasco y él fue una de las personas que me trasladaron su preocupación por los efectos que la fiscalidad tenían en aquel momento sobre las instituciones clásicas del Derecho civil foral como eran el poder testatorio, la comunicación foral o los pactos sucesorios. Recuerdo con especial cariño unas apreciaciones que me hizo por escrito, donde exponía problemas que se le habían planteado en el día a día en relación con la aplicación de las distintas normas tributarias al Derecho civil foral vasco. Aprovecho, pues, la ocasión para rendirle un merecido homenaje comentando someramente la reciente reforma del Impuesto sobre Sucesiones y los efectos que va a tener en el Derecho civil foral vasco.

1. LA EXENCIÓN DE LAS TRANSMISIONES SUCESORIAS Y DE LAS DONACIONES

Allá por 1992, siguiendo la estela marcada por Navarra en aquellos momentos, se decidió declarar exentas¹ las transmisiones sucesorias o las derivadas de seguros de vida sometidas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, cuando estas se producían entre cónyuges (o parejas de hecho, también desde 2003) o entre parientes en línea recta, o entre adoptantes y adoptados. Así lo hicieron también Gipuzkoa y Álava, con una matización digna de mención. En la tramitación de la propuesta en las Juntas Generales de Álava se amplió el ámbito objetivo de la exención acogiendo también a las donaciones, como sucedía entonces en Navarra, y declarando por tanto exentas las donaciones entre cónyuges, entre parientes en línea recta y entre adoptantes y adoptados. Esta diferencia entre territorios se mantuvo hasta 1997 cuando Bizkaia² en primer lugar y Gipuzkoa un poco más tarde, deciden declarar también exentas las donaciones entre los mencionados parientes.

La declaración de la exención para las sucesiones y para las donaciones que se adoptó hace veinte años fue el germen de una emulación indisimulada por parte de las Comunidades Autónomas de régimen común que fueron paulatinamente estableciendo la exención, sobre todo, para las sucesiones entre parientes cercanos en línea recta, o en otros casos, no establecieron la exención total pero sí una bonificación lo suficientemente generosa para que en la práctica el resultado fuese el mismo para la gran mayoría de contribuyentes por este impuesto.

¹ En el caso de Bizkaia, el artículo 75 de la Norma Foral 1/1992, de 13 de febrero, sobre Presupuestos Generales del Territorio Histórico de Bizkaia para 1992 (Boletín Oficial de Bizkaia, núm. 36, anexo, de 13 de febrero de 1992) modificó el artículo 5.7 de la entonces en vigor Norma Foral 2/1989, de 15 de febrero, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, para introducir la citada exención.

² Será la Norma Foral 3/1997, de 10 de abril, de modificación parcial del Texto refundido de la Norma Foral 2/1989, de 15 de febrero, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones quien proceda a modificar, entre otros, el artículo 5 de la normativa del impuesto para declarar la exención de las donaciones entre cónyuges, entre parientes en línea recta y entre adoptantes y adoptados. Boletín Oficial de Bizkaia, núm. 78, de 24 de abril de 1997.

2. LA DEROGACIÓN DE LA EXENCIÓN PARA LAS DONACIONES

Esta inercia de los últimos veinte años se rompe en el caso de la exención para las donaciones a partir del 1 de abril de 2012³. Ya nos advertía la exposición de motivos de la norma derogatoria que la situación de crisis económica exigía de las Instituciones Competentes del Territorio Histórico de Bizkaia un papel activo en el marco de la adopción de medidas tributarias que reforzasen los ingresos públicos y promoviesen la recuperación económica y asegurasen la estabilidad presupuestaria, sin perder de vista la contribución a avanzar en el principio de equidad permitiendo una mejor distribución de las cargas tributarias, reclamando mayores esfuerzos por parte de quienes tienen mayor capacidad económica. Es decir, razones recaudatorias llevaron a la Diputación Foral a eliminar la exención en las donaciones para familiares directos, pasando a tributar a un tipo único del 1,5 por 100.

No obstante, esta medida se establecía con un carácter exclusivamente temporal para los años 2012 y 2013. Así, se nos decía que las medidas profundizaban en la idea de la solidaridad, fijando las pautas básicas de la política fiscal y tributaria, con el propósito de contribuir a la colocación de los cimientos para el inicio de una recuperación sólida y duradera de la economía del Territorio Histórico de Bizkaia, si bien, confiados en que la reactivación económica no podía tardar, las medidas adoptadas tenían un marcado carácter coyuntural, limitando su aplicación a los ejercicios 2012 y 2013.

A este respecto, desaparecía la exención para las donaciones entre cónyuges o parejas de hecho, entre parientes en línea recta, y entre adoptantes y adoptados, que pasaban a tributar a un tipo fijo de gravamen del 1,5% sobre el valor de lo donado al contribuyente. Sólo restaba por de-

³ Véase el artículo 5 de la Norma Foral 1/2012, de 29 de febrero, por la que se aprueban medidas transitorias para 2012 y 2013 y otras medidas tributarias. Boletín Oficial de Bizkaia, núm. 48, de 8 de marzo de 2012.

terminar si se establecía algún tipo de régimen transitorio para las donaciones efectuadas por estos familiares directos con anterioridad a la entrada en vigor de la derogación de la exención, esto es, antes del 1 de abril de 2012, que debieran acumularse por razones de progresividad del impuesto.

La norma derogatoria optó por respetar las exenciones que se habían producido con anterioridad a su entrada en vigor, por lo que no fue necesaria la implantación de un régimen transitorio por la adopción de la medida. Así, desde el 1 de abril de 2012, las donaciones y demás transmisiones lucrativas *inter vivos* equiparables que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, y que no hubieran sido declaradas exentas, se considerarán como una sola transmisión a los efectos de la liquidación del impuesto, por lo que la cuota tributaria se obtendrá en función de la suma de todas las bases imponibles. Las cuotas satisfechas con anterioridad por las donaciones y demás transmisiones lucrativas equiparables acumuladas serán deducibles de la liquidación que se practique como consecuencia de la acumulación.

En otras palabras, si entre un mismo donante y donatario se habían donado bienes en marzo de 2012, con derecho a la exención debido al grado de parentesco entre las partes de la donación, y con posterioridad, imaginemos que en septiembre de 2013, las mismas personas llevan a cabo otra donación, no procedería la acumulación de donaciones puesto que no se tienen en cuenta las declaradas exentas. Esta decisión del legislador foral respeta la situación previa a la derogación, como una situación inamovible que tampoco perjudica al contribuyente una vez derogada la exención. Remarco esta regulación para contrastarla con la adoptada en 2014 cuando se deroga la exención para las sucesiones.

3. LA REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES EN 2014: LA DEROGACIÓN DE LA EXENCIÓN PARA LAS SUCESIONES Y LAS PERCEPCIONES DE SEGUROS DE VIDA

Como sabemos, a partir del 1 de enero de 2014 han entrado en vigor nuevas normas forales que regulan el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, así como modificaciones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en lo que la Diputación Foral ha catalogado como la mayor reforma fiscal desde que se recuperan las instituciones forales a principios de los ochenta.

Por lo que ahora nos interesa, se deroga desde el 1 de enero de 2014 la exención para las sucesiones⁴, pasando a tributar al 1,5% al igual que sucede con las donaciones.

En 2014 nuevamente las mismas o muy parecidas razones recaudatorias le llevan al legislador foral a eliminar la exención para las transmisiones sucesorias y para las percepciones de seguros de vida entre cónyuges o parejas de hecho, entre parientes en línea recta, o entre adoptantes y adoptados. La norma derogatoria aduce varias razones para eliminar la exención. Así se afirma que la consolidación del principio de equidad, así como de la suficiencia de los ingresos públicos con medidas de impacto moderado, y el tratamiento tributario de este tipo de transmisiones lucrativas, bien sea *inter vivos* o *mortis causa*, aplicable en las Administraciones de nuestro entorno, recomienda prorrogar *sine die* el régimen transitorio establecido para estas donaciones, así como someter a tributación tanto las sucesiones en línea recta y entre cónyuges o parejas de hecho, como las

⁴ Norma Foral 10/2013, de 5 de diciembre, de modificación del texto refundido de la Norma Foral 2/1989, de 15 de febrero, del Impuesto Sobre Sucesiones y Donaciones y de la Norma Foral 1/2011, de 24 de marzo, del Impuesto Sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Boletín Oficial de Bizkaia, núm. 238, de 13 de diciembre de 2013.

percepciones de cantidades derivadas de seguros de vida por estas mismas personas, como consecuencia del fallecimiento del causante.

La nueva tributación de estas transmisiones *mortis causa* supone la pérdida de la exención de que han gozado hasta ese momento, pasando a tributar al tipo proporcional del 1,5% con un mínimo exento de tributación de 400.000 euros por cada sucesor. Como complemento de lo anterior, se introduce un régimen transitorio para las adquisiciones hereditarias que se rigen por el Derecho civil foral de Bizkaia.

Por tanto, las transmisiones sucesorias y las percepciones de seguros de vida entre cónyuges o parejas de hecho, entre parientes en línea recta o entre adoptantes y adoptados tributan desde el 1 de enero de 2014 a un tipo fijo de gravamen del 1,5% sobre lo percibido por el heredero o legatario, o el beneficiario del seguro. Se trata, no obstante, de una tributación dulcificada porque sólo se aplica cuando se perciban más de 400.000 euros en una herencia o en un seguro de vida por el fallecimiento del causante. En la práctica habrá muchos contribuyentes que no tendrán que tributar a pesar de la derogación de la exención. Pensemos en una sucesión con tres herederos que reciben el caudal hereditario a partes iguales; en este caso, para que tribute el valor fiscal del patrimonio neto hereditario debería superar el millón doscientos mil euros (1.200.000 euros) para que tributara.

De ahí la importancia de que se fije una reducción de 400.000 euros en las adquisiciones *mortis causa* provenientes del cónyuge, de la pareja de hecho, de ascendientes o descendientes en línea recta por consanguinidad, o de adoptantes o adoptados. Y asimismo, se fija otra reducción de 400.000 euros en las cantidades percibidas por razón de seguros de vida entre los mismos grupos de parientes.

La tributación de todas estas transmisiones que estaban exentas hasta el 31 de diciembre de 2013 ha obligado al legislador a retocar otros aspectos del impuesto para referirse a los nuevos contribuyentes en materia de adición de la base imponible, en materia de acumulación de ad-

quisiciones derivadas de la utilización de poderes testatorios, en materia de transmisiones indirectas entre parientes en línea colateral, en materia de acumulación de adquisiciones provenientes del causante en los cinco años anteriores a su fallecimiento, en la definición de los grupos de parientes a efectos de aplicación de las reducciones de la base, etcétera. Digamos que la normativa se ha adecuando a la existencia de nuevos contribuyentes anteriormente exentos. No vamos a analizar en detalle estas medidas porque nos queremos centrar en la incidencia de la reforma sobre el Derecho civil foral vasco.

Una primera regla que se ha modificado en este sentido es el artículo 26.3 de la Norma Foral del Impuesto. Así, respecto al poder testatorio, se establece que en todos los casos de utilización del poder testatorio se procederá a acumular todas las adquisiciones que concurren en un mismo sucesor a efectos de la liquidación del impuesto y de la aplicación de las reducciones en la base imponible. Además, las cuotas satisfechas con anterioridad por las liquidaciones acumuladas serán deducibles de la liquidación que se practique como consecuencia de la acumulación. Por último, el valor de los bienes y derechos correspondientes a dichas adquisiciones será el que tuvieron en el momento de su devengo.

Es una regla lógica con la derogación de la exención que, si bien ya existía antes de la última reforma, ahora tendrá un mayor predicamento. Se acumularán todas las adquisiciones como consecuencia de los distintos usos del poder testatorio, o de la extinción irrevocable del mismo, en su caso, siempre que sean transmisiones entre el mismo causante y el mismo heredero.

En segundo lugar, se modifica el artículo 30 de la normativa del Impuesto para que las donaciones y demás transmisiones lucrativas equiparables sean acumulables a la base imponible en la sucesión que se cause por el donante a favor del donatario, salvo que se trate de adquisiciones «mortis causa» de los bienes declarados exentos en el artículo 5 del Texto Refundido, siempre que el plazo que medie entre ésta y aquéllas no ex-

ceda de cinco años, y se considerarán a los efectos de determinar la cuota tributaria como una sola adquisición. De la liquidación practicada por la sucesión será deducible, en su caso, el importe de lo ingresado por las donaciones y demás transmisiones lucrativas equiparables acumuladas, procediéndose a la devolución de todo o parte de lo ingresado por éstas cuando la suma de sus importes sea superior al de la liquidación que se practique por la sucesión.

Esta medida merece dos comentarios. En primer lugar, en el caso de las donaciones entre un donante y un donatario que se produjeron antes del 1 de abril de 2012, y que estuvieron exentas debido a la relación de parentesco entre donante y donatario, se van a gravar a partir de la reforma. Pues bien, a diferencia de la regla de acumulación de donaciones producidas entre el mismo donante y el mismo donatario en un plazo de tres años donde vimos que se respetaba la declaración previa de la donación como exenta, si el donante muere antes de que transcurran cinco años desde la donación exenta hay que acumular la donación, exenta en su día, a la base imponible de la sucesión por lo que, de forma indirecta, se pierde el derecho a la exención previamente declarada. El matiz se debe a que para la acumulación donaciones en el plazo de tres años no se tienen en cuenta las donaciones declaradas exentas, mientras que para la acumulación de donaciones a los bienes hereditarios en el plazo de cinco años sólo se excluye las donaciones exentas en virtud del artículo 5 del Texto refundido del Impuesto que ya no recoge la exención entre cónyuges, parejas de hecho y parientes directos.

Esta situación no provocará mayores consecuencias si el valor de la herencia recibida, incluyendo las donaciones exentas, no supera los 400.000 euros porque en cuanto se supere esta cuantía habrá que tributar por el exceso al 1,5%, también por la donación declarada exenta en su día. Ello se debe a que el régimen transitorio que comentaremos más adelante sólo tiene en cuenta la acumulación de las adquisiciones hereditarias y no la acumulación de donaciones.

En segundo lugar, no deja de llamar la atención la regla establecida por la reforma que parece contradecir el objetivo de la misma que no es otro que mejorar los resultados recaudatorios de Hacienda. Me refiero a la devolución que se producirá en muchos casos en que existió una donación gravada entre el causante y el futuro heredero en el plazo de los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, devolución debida a la reducción de 400.000 euros en la adquisición sucesoria que provocará que no haya que pagar impuesto sobre la sucesión y se pueda exigir la devolución de lo pagado en la donación previamente. De esta forma, Hacienda deberá devolver una parte de lo recaudado por la donación en muchas ocasiones.

4. EL RÉGIMEN TRANSITORIO PARA EL DERECHO CIVIL FORAL VASCO

Como vemos, la reforma tributaria adoptada supone un cambio en la tributación sucesoria vigente hasta su entrada en vigor, pasando de una situación de exención a un gravamen del 1,5%. Esta circunstancia afecta en mayor medida a aquellas formas de delación sucesoria que permiten la transmisión de los bienes y derecho en varios actos o momentos en el tiempo, como puede ser el caso de las herencias pendientes del ejercicio de un poder testatorio o el caso de las transmisiones sucesorias a través de pactos con eficacia de presente cuando el instituyente fallece en un momento posterior. Es, por el contrario, una circunstancia indiferente desde el punto de vista temporal para las transmisiones sucesorias realizadas en un solo acto, como las herencias sometidas al Código civil, aunque habría que matizar esta circunstancia cuando sobre la herencia del vizcaíno de villa pende el ejercicio de un poder testatorio, o como en las herencias sometidas al Derecho civil foral vasco si no hay un pacto sucesorio de presente o un poder testatorio sobre la misma.

Estas razones han impulsado el legislador foral a establecer un régimen transitorio de las sucesiones pendientes del ejercicio de un poder

testatorio y de los pactos sucesorios con eficacia de presente. Básicamente, se establecen dos reglas: por una parte, se otorga un plazo de seis meses para poder repartir la herencia del fallecido que esté pendiente del ejercicio de un poder testatorio con arreglo a la exención que ha sido derogada; y por otra parte, se regula la acumulación de adquisiciones y el juego de la reducción de los 400.000 euros en las herencias pendientes del ejercicio de un poder testatorio o en los pactos sucesorios con eficacia de presente.

Como decíamos, el legislador foral otorga una última oportunidad de aplicar la exención ahora derogada durante un plazo de seis meses. En los supuestos de herencias que, a la entrada en vigor de la reforma, es decir el 1 de enero de 2014, se encuentren diferidas, total o parcialmente bajo la figura de un alkar poderoso o poder testatorio, las personas que ejerzan las funciones de comisario o alkar poderoso dispondrán de un plazo de 6 meses para el ejercicio irrevocable de dicho poder en su totalidad, en cuyo caso, podrán aplicar la exención vigente hasta la entrada en vigor de la reforma. Esta normativa será asimismo de aplicación en las adquisiciones hereditarias que se produzcan como consecuencia de la extinción del poder por cualquier causa diferente a la de su ejercicio.

Estamos hablando, por consiguiente, de un plazo que finalizaría el lunes 30 de junio de 2014. Esta medida supone trasladar la eficacia de la derogación de la exención hasta fin de junio para las herencias pendientes del ejercicio de un poder testatorio. Es un trato de favor que lleva aparejada la obligación de transmitir la herencia antes de que transcurran los primeros seis meses de 2014. El problema será menor cuando todos los herederos sean mayores de edad porque seguramente el reparto de la herencia se podría adelantar; si los herederos forzosos son menores de edad, en cambio, la norma fiscal obliga a adelantar una transmisión que, por sí, debería producirse en un momento posterior, dejando al comisario de la herencia, y generalmente progenitor de los herederos, ante una disyuntiva de difícil decisión.

La posibilidad de aplicar la exención en los primeros seis meses de 2014 no es válida, sin embargo, para aquellos casos en que la herencia se reparte en dos o más momentos por el uso de uno o varios pactos sucesorios con eficacia de presente. Es decir, si se transmitió parte de la herencia mediante un pacto sucesorio de presente y en los primeros seis meses de 2014 se pretende la transmisión del resto de la herencia mediante otro pacto sucesorio o por el fallecimiento del instituyente, no se puede acoger a este régimen transitorio y aplicar la exención sobre la adquisición hereditaria.

Como hemos visto, se otorga un plazo de seis meses para poder aprovechar la exención en el supuesto de herencias pendientes del ejercicio de un poder testatorio. Y una vez transcurridos estos seis meses, ¿qué ocurre con aquellas herencias entre el mismo causante y el mismo heredero o legatario si la herencia se transmite en varios actos, algunos de los cuales eran anteriores al 1 de enero de 2014 y por tanto estuvieron exentos, y otros son posteriores a esta fecha y estarán gravados? Pensemos en el uso del poder testatorio en varios actos, algunos exentos y otros no, o en la transmisión de una parte de la herencia mediante un pacto sucesorio con eficacia de presente aplicando la exención y la transmisión *mortis causa* de la otra parte de la herencia a partir del 1 de enero de 2014 cuando ya no está en vigor la exención. Para estos supuestos que es muy probable que se den con las herencias sometidas al Derecho civil foral vasco, se establece otro régimen transitorio.

Transcurrido el plazo de 6 meses, sin que se haya ejercitado totalmente el poder o se hayan producido las causas de extinción del mismo, en los supuestos de adquisiciones hereditarias por el cónyuge o pareja de hecho, descendientes o ascendientes en línea recta por consanguinidad o adoptantes o adoptados, que hayan sido consecuencia del ejercicio parcial de poderes testatorios, se procederá a acumular todas las adquisiciones que concurran en un mismo sucesor respecto del mismo causante, considerándose como una sola adquisición a los efectos de aplicar una sola vez la reducción de 400.000 euros. El valor de los bienes y derechos

correspondientes a dichas adquisiciones será el que tuvieron en el momento de su devengo.

El legislador foral sigue aquí un criterio distinto al que adoptó en 2012 cuando eliminó la exención para las donaciones. Si recordamos, entonces nos dijo que las donaciones exentas no se tenían en cuenta de cara a la acumulación de donaciones entre un mismo donante y un mismo donatario en un periodo de tres años; es como si no se hubieran producido. Sin embargo, en el caso de las sucesiones, la norma fiscal no se desentien- de de las transmisiones anteriores exentas, sino que las acumula con las transmisiones posteriores que vayan a ser gravadas, siempre que se produzcan entre el causante y el mismo heredero o legatario. Por ejemplo, si el heredero percibió mediante un acto en uso del poder en 2007 un bien valorado en 390.000 euros, transmisión declarada exenta en su día, y después del 1 de julio de 2014 (o después del 1 de enero de 2014 en el caso de que no se haya repartido toda la herencia) recibe más bienes del mismo causante por valor de 250.000 euros, deberá acumular ambas transmisiones (640.000 euros) de cara a la aplicación de la reducción de 400.000 euros y, por tanto, deberá tributar por el exceso sobre la cuantía de la reducción, esto es, sobre 240.000 euros al 1,5% satisfaciendo una cuota de 3.600 euros. Es decir, recibe el mismo trato que quien a partir del 1 de enero de 2014 recibe en herencia bienes por un valor de 640.000 euros. Es como si la exención no hubiera existido nunca. La otra opción legis- lativa deseada por la reforma supondría no tomar en consideración las transmisiones exentas y empezar a tributar únicamente por las cantidades percibidas a partir de 1 de enero de 2014. En el ejemplo que poníamos, supondría la exención de los bienes percibidos en 2014.

Se ve, por tanto, la finalidad recaudatoria de la medida adoptada, si bien no se ha llevado hasta sus últimas consecuencias. Nos dice la norma derogatoria que, en ningún caso, se procederá a la acumulación a los efectos de incrementar las bases imponibles correspondientes a posteriores devengos en relación al mismo causante y sucesor. Esto significa que si el importe del caudal hereditario transmitido entre el causante y el sucesor

cuando estaba en vigor la exención supera los 400.000 euros, no se obligará a pagar el impuesto sobre la diferencia. Tal vez sea más ilustrativo un ejemplo numérico. Si en 2008 en uso de un poder testatorio el heredero percibió del causante bienes por valor de 600.000 euros, y después del 1 de julio de 2014 percibe el resto de la herencia por un importe valorado a efectos fiscales en 100.000 euros más, la acumulación de ambas transmisiones supone que el heredero ha percibido bienes por valor de 700.000 euros, y como la reducción es de 400.000 euros, debería tributar por los restantes 300.000 euros. Sin embargo, esto no es así porque cuando el valor de las transmisiones exentas supere al de la reducción de la base, no se obliga a tributar por el exceso sobre la reducción, y solo tributará sobre las percepciones posteriores al 1 de julio de 2014 (o al 1 de enero de 2014 en el caso de que no se reparta toda la herencia pendiente del poder testatorio). Siguiendo con el ejemplo numérico, el contribuyente deberá satisfacer una cuota de 1.500 euros aplicada los 100.000 euros percibidos en 2014, y no se tendrán en cuenta los 200.000 euros que exceden sobre la reducción de la base de 400.000 euros.

De idéntica manera se procederá en los supuestos de pactos sucesorios con eficacia de presente devengados con anterioridad al 1 de enero de 2014. La diferencia con el supuesto de la herencia pendiente del ejercicio de un poder testatorio es que, en el caso de los pactos sucesorios, no existe la posibilidad de acogerse a la exención hasta el 30 de junio de 2014. Por tanto, se aplican estas reglas desde el 1 de enero de 2014.

Por último, cabe recordar que este régimen transitorio no vale para las donaciones exentas que se deban acumular a la base imponible de la herencia. Me refiero a las donaciones celebradas con anterioridad al 1 de abril de 2012 entre el causante y el futuro heredero siempre que la herencia se defiera antes de que transcurran cinco años desde la donación. En este caso, hay que acumular lo que se percibió mediante donación a lo que se percibe mediante herencia, pero si la donación superó los 400.000 euros, el exceso tributa al 1,5% porque el régimen transitorio se refiere a la acumulación de adquisiciones hereditarias y no de do-

naciones. En otras palabras, la exención de la donación se elimina completamente a todos los efectos, produciendo la reforma un efecto retroactivo perjudicial para el contribuyente.

En conclusión, estamos asistiendo al final de una época en que las transmisiones entre parientes muy cercanos estaban exentas, y que tardará en volver a la vista de las necesidades recaudatorias actuales y futuras de la Hacienda pública. Y se ha fijado un régimen transitorio que palia en parte las consecuencias gravosas de la eliminación de la exención, sobre todo, en el caso de las herencias pendientes del ejercicio de un poder testatorio a la entrada en vigor de la reforma, el 1 de enero de 2014.

Troncalidad y actos jurídicos neutros

JESÚS FERNÁNDEZ BILBAO

Abogado y Miembro de la Junta Directiva de la AVD/ZEA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS NEUTROS. CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DE LOS CONTRATOS. III. APORTACIÓN DE BIENES TRONCALES A SOCIEDADES Y FUNDACIONES. IV. APORTACIÓN DE BIENES TRONCALES A COMUNIDAD MATRIMONIAL. V. APORTACIÓN DE BIENES TRONCALES A PAREJAS DE HECHO. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Reza la Exposición de Motivos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco –LDCFV, en adelante– que *“La más destacada peculiaridad del Derecho Civil de Bizkaia es, sin duda, el profundo arraigo del principio de troncalidad, que se manifiesta tanto en la sucesión testada como en la intestada, en los actos “inter vivos” o “mortis causa”, a título oneroso o lucrativo, y con una fuerza muy superior a la que se conoce en todos los países de nuestro entorno, incluidas las regiones forales de la zona pirenaica”*.

La verdad es que dicha Exposición se queda corta, pues la Troncalidad ahorma el resto del ordenamiento jurídico, vizcaíno o no y a modo de ejemplo: 1º.- Prevalece sobre la libertad civil (art. 4 de la LDCFV) y así el art. 17.2 ordena: *“En virtud de la troncalidad, el titular de los bienes raíces solamente puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros”* de modo que no cabe la privación del derecho a la sucesión a título gratuito sobre bienes troncales pues los art 17 y 24 de la LDCFV se pronuncian en términos absolutos. 2º.- Su extraterritorialidad, impuesta por el art. 23 de la LDCFV como excepción a la ley aplicable a la sucesión según el art. 9.8 del C.c. que es la personal del causante, lo que ha sido ratificado por la STS, Sala 1ª, de 11-03-2010. 3º.- Prevalece sobre la legítima (art. 62 y 68 de la LDCFV). 4º.- Los bienes troncales responden en último término de las deudas del causante y de la herencia (art. 63). 5º.- Las modificaciones en el régimen económico matrimonial no pueden perjudicar los derechos derivados de la troncalidad (art. 93 de la LDCFV). 6º.- La frustración de la comunicación foral de bie-

nes ante la falta de hijos del matrimonio (art. 109.1 de la LDCFV) pretende reservar los bienes troncales a otros parientes tronqueros y se establecen adjudicaciones preferentes de los mismos al cónyuge tronquero (art. 108.1 y 109.1). 7º.- Se articula un régimen de reservas y reversiones de bienes troncales (art. 85, 86, 87, 88 y 91) íntimamente ligado con las adjudicaciones de los mismos al disolverse la comunicación foral. 8º.- Los Derechos de saca y adquisición preferente (art. 112 y ss.).

El art. 17.3 de la LDCFV afirma que “*Los actos de disposición que vulnere los derechos de los parientes tronqueros podrán ser impugnados en la forma y con los efectos que se establecen en el presente Fuero Civil*”, impugnación que tiene dos posibilidades según que el acto sea a título oneroso (art. 112 y ss. de la LDCFV) o gratuito (art. 24 del mismo texto legal).

¿Tiene la LDCFV un flanco abierto al vaciamiento de la troncalidad por la vía de los actos denominados neutros o incoloros a través de los cuáles pueda transmitirse irrestrictamente los bienes troncales? Intentaremos dar respuesta a la cuestión, recordando con DE CASTRO que “*La norma nada vale mientras no se la entienda primero, y luego no se le haga caso, se respete el mandato que contiene y se fuerce a su cumplimiento*”¹.

II. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS NEUTROS. CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DE LOS CONTRATOS

Nuestro Código Civil incluye en su articulado diversas clasificaciones de los contratos: y, destacadamente onerosos o gratuitos (p.ej. art. 9.8, 151, 460.2 y 1274). Esta dicotomía se observa igualmente en LDCFV, tanto en la Exposición de Motivos (“*DE LA TRONCALIDAD. La más destacada peculiaridad del Derecho Civil de Bizkaia es, sin duda, el profundo arraigo del principio de troncalidad, que se manifiesta tanto (...) en los actos (...) a título oneroso o lucrativo*”; como en su articulado, art. 22.2; 24 y 112, por citar sólo los más relevantes cara a la troncalidad.

¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: “*Derecho Civil de España*”, Civitas, Madrid, 1984.

Consecuencia de este reduccionismo, el operador jurídico ha de ser dicotómico, y clasificar los actos jurídicos como onerosos o como gratuitos. Sin embargo, la Doctrina posterior a la codificación francesa y española, particularmente la italiana, plantea que frente a la distinción entre contratos onerosos y gratuitos (clasificación dual) puede concebirse la existencia de un tercer género (clasificación tripartita) en donde hay contratos que no serían onerosos ni gratuitos, sino neutros o incoloros o indiferentes².

Como ejemplo de contratos “incoloros” o “indiferentes” la Doctrina cita los que, pueden ser onerosos o gratuitos, indistintamente, según la voluntad de las partes (v. gr., el mutuo, el mandato, el depósito, la fianza) y los de derecho de familia: matrimonio, adopción, emancipación, reconocimiento del hijo extramatrimonial y las capitulaciones matrimoniales.

No obstante, la admisión de la figura de los actos neutros o incoloros no es en absoluto pacífica en la Doctrina y Jurisprudencia comunes:

- A) Tesis a favor de la admisión de los actos jurídicos neutros en Derecho español común: Denominan acto o negocio de destinación a aquel que comporta “*por una parte, una disminución del patrimonio del otorgante, consumada mediante una atribución traslativa o al menos por una limitación o gravamen impuesto sobre los elementos patrimoniales propios, y, de otra, la correlativa constitución, a base de esos bienes transmitidos o regulados especialmente, de un patrimonio separado más o menos afecto a un fin³, al que también se vincula de alguna manera el sujeto constituyente*” (LÓPEZ JACOISTE⁴, BLANQUER UBEROS, GARRIDO CERDÁ y MARTÍNEZ SANCHIZ⁵).

² CARIOTA-FERRARA, “*El Negocio Jurídico*” y Spota, “*Contratos, I*”.

³ Pej. constitución de fundación y fundadores, cónyuges respecto de las donaciones propter nupcias o la dote.

⁴ LÓPEZ JACOISTE, J.J., “*La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*”. Revista de Derecho Privado, 1965.

⁵ BLANQUER UBEROS, Roberto. “*Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad y la relación obligatoria*”; Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1976; y Garrido Cerdá, Emilio; “*Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*”; Anales de la Academia Matritense del

Ejemplos actuales serían: 1.- las capitulaciones matrimoniales, 2.- la constitución de bienes dotales⁶; 3.- las donaciones por causa de matrimonio, en cuanto éstas se “*destinan*” al matrimonio a celebrarse y llevan implícita la condición de que ese matrimonio se celebre o se hubiere celebrado (art. 1336 y ss. del C.c.), o no se anulare (art. 1342), 5.- la donación remuneratoria (cfr. arts. 619, 622, 858 y 1274 del C.c.), 6.- el acto de fundación y en general la aportación a persona jurídica en constitución, como donación efectuada a persona colectiva, aún no existente, pero con el fin de fundarla, 7.- el contrato de sociedad (art. 1665 y ss. del C.c.) y 8.- el contrato sobre comunidad de bienes (art. 392 y ss. del C.c.), por ejemplo.

- B) Tesis en contra de los actos jurídicos neutros en Derecho español común: No obstante, la categoría que estudiamos ha sido objeto de fuertes censuras, por estimar que la onerosidad vs. gratuidad es una dicotomía que no admite “*tertium genus*”. Así CASTÁN⁷, DíEZ-PICAZO y GULLÓN⁸ afirman que aparentemente el art. 1274 del C.c. admite la clasificación tripartita, mas lo que sucede es que hay dos tipos de actos a título gratuito en Derecho español, la donación pura y simple, por un lado frente a “*todas aquellas convenciones (como el comodato, el préstamo sin interés, la fianza, el depósito gratuito) presididas por un espíritu de liberalidad, pero en las cuales no se registra ninguna disminución en el patrimonio del bienhechor*”. Igualmente, afirma

Notariado y Edersa, 1982. Según Martínez Sanchiz (“*Casos dudosos de bienes privativos y gananciales*”. Anales de la Academia Matritense del Notariado. 1985) estas ideas han sido recogidas en gran parte, tras la reforma del Reglamento Hipotecario de 12-11-1982 para el cual la calificación privativa o ganancial de un bien no desvirtúa la titularidad resultante del título de adquisición, sino que sólo representa la vinculación a un determinado régimen jurídico.

⁶ art. 1336 a 1380 del C.c. en su redacción previa a la Ley de 13-05-1981. Actualmente los art. 1035, 1046 del C.c. vigente y el art. 110 de la LDCFV hacen una sucinta y tangencial referencia a la dote a liquidar

⁷ CASTÁN Y TOBEÑAS, José. “*Derecho Civil Español, común y foral*”. Reus, S.A. Madrid 1988.

⁸ DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. “*Sistema de Derecho Civil*”. Tecnos. Madrid. 1988.

PRADA⁹ que la categoría de los actos neutros parte de un error fundamental, cual es incluir en dicha categoría una serie de figuras jurídicas respecto de las cuales, por no comportar una atribución patrimonial, no puede predicarse la onerosidad o gratuidad. Y añade este autor que aun para los actos jurídicos que tengan como consecuencia una atribución patrimonial, la admisión de la categoría de los actos neutros viene condicionada por el concepto de onerosidad o gratuidad que se acepte; así, sólo si se exige para los actos gratuitos, además de un elemento objetivo (ausencia de equivalente), la existencia de un elemento subjetivo (“*animus donandi*”), queda un hueco entre una y otra categoría, actos onerosos y actos gratuitos, en que podría tener cabida la de los actos neutros (actos que careciendo de equivalente, no se han realizado “*animus donandi*”)¹⁰.

- C) Posición de la Jurisprudencia: Tanto la Jurisprudencia como la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado niegan mayoritariamente, como veremos, que la aportación a sociedad, asociación o la dotación a fundación sean actos neutros. En cambio, la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del

⁹ DE PRADA GONZÁLEZ, José-M^a. “*La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*”. Anales de la Academia Matritense del Notariado. 1968.

¹⁰ La artificiosidad es evidente a la vista de que los citados contratos hablan de gratuidad, y la onerosidad, para la Jurisprudencia es “*correspondiente sacrificio u onerosidad*” (STS, Sala 1^a, de 18-6-1993) o la contraprestación (STS, Sala 1^a, de 16-06-1978, 30-04-1986, 31-05-2006 y 30-10-2012). Por el contrario, (STS de 23-10-1995 y 26-02-2002) “...no es posible excluir, en puridad técnica, de la donación tanto remuneratoria como la de con causa onerosa, al ánimo de liberalidad que como elemento común priva en el concepto genérico del art. 618 C.c., (...) en la donación llamada remuneratoria, esa causa subsumible en la preexistencia de unos méritos del predonatario por servicios prestados al luego donante, en todo caso, también se gestan en una presunción causal anidada en la propia intencionalidad del donante, sin trascendencia o relevancia jurídica al exterior, de tal forma que sea exigible la observancia de esa mera intencionalidad o sensación anímica con el nudo de su sujeción formal y por ello, el propio donante cuando la instituye como tal donación remuneratoria jurídicamente no está obligado a hacerlo, sino que, se reitera, puede que con tal “*donatum*” en el fondo está también impregnado de dicha finalidad de liberalidad o de favorecimiento; razón igualmente aplicable a las llamadas donaciones con causa onerosa...”.

Notariado es pendular en cuanto a la admisión de los actos neutros, incoloros o indistintos en la aportación a sociedad de gananciales.

No obstante, a los efectos de este estudio, como quiera que la Troncalidad sólo restringe, de entre las facultades del dominio, sólo las traslativas, vamos a abordar los actos supuestamente neutros o incoloros que a la misma atañen, particularmente, la aportación a persona jurídica y la aportación a un régimen de comunidad de bienes, por antonomasia matrimonial.

III. APORTACIÓN DE BIENES TRONCALES A SOCIEDADES Y A FUNDACIONES

Desde el punto de vista de las sociedades regulares y fundaciones, se ha discutido en la Doctrina y Jurisprudencia si la aportación a dichas personas jurídicas supone 1.- una verdadera transmisión, 2.- una “*comunicación*” o 3.- un “*acto de destinación*”.

- A) La aportación como verdadera transmisión de los bienes en cuestión: (cfr. art. 609 del C.c.) y así la regulación legal de la aportación social podría ser cubierta supletoriamente por el régimen de la compraventa¹¹, y, efectivamente los art. 1681 a 1683 del C.c. tienen gran semejanza con la compraventa (título y modo, art. 1681 vs. 609 y 1461 del C.c.), entrega de dinero (art. 1108, 1101 y 1682 del C.c. y 171 del C.d.c.), resolución por incumplimiento (art. 170 del C.d.c.). Para la Doctrina dominante (MARTÍNEZ ALMEIDA, GARRIGUES, PAZ ARES, VICENT CHULIÁ), la aportación (a sociedad con personalidad jurídica, incluso “*condicionada o en formación*”), es un acto de enajenación a título oneroso. También es ésta la postura Jurisprudencia, ya desde la clásica STS, Sala 1ª, de 03-12-1981 seguidas por las STS, Sala 1ª, de 13-12-1982, 11-11-1995, 25-10-1999 o de 16-03-2001,

¹¹ STS, Sala 1ª, de 12-06-1883, 23-02-1884, 11-11-1970, 13-12-1982 y 2-04-1990. En cuanto a dotación a fundaciones, la STS, Sala 1ª, de 07-03-2011, implícitamente y la SAP de Sevilla, Sec. 7ª, de 04-07-2007 y 24-10-2007, explícitamente.

conforme a las que la sociedad es dueña del bien aportado por la eficacia de la escritura pública de aportación social y aunque tal escritura no se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad.

- B) La aportación como acto de comunicación (ROCA SASTRE): De modo que mediante la aportación, los socios se limitan a poner en común el objeto de su esfuerzo, de tal suerte que cuando se trata de la aportación de bienes en propiedad, no puede estimarse que los bienes aportados salgan absolutamente del patrimonio personal del socio aportante, sino que éste conserva la titularidad sobre ellos, aunque modificada: donde antes había propiedad exclusiva, ahora hay cotitularidad. La aportación sería un acto modificativo de los derechos aportados¹².
- C) La aportación como acto de destinación: De refilón, “*destinación al fin social*”, la STS, Sala 1ª, de 21-10-2005 parece apuntarse a esta teoría, al igual que dos SAP de Bizkaia, Sec. 5ª, de 25-04-2005 acerca de la constitución de una sociedad de hecho afectante a un variado patrimonio empresarial.

En consecuencia, la aportación de bienes troncales a sociedades y fundaciones, como transmisión, estará dentro del supuesto de los art. 24 y 112 de la LDCFV:

- 1 La aportación a sociedad regular no civil, puesto que tiene ánimo de lucro (art. 35 del C.c. y 116 del C.d.c.) o tiene contraprestación (cooperativas¹³) está sujeta a los derechos forales de adquisi-

¹² Así la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 2-6-2009 y la STS, Sala 1ª, de 24-7-1993 respecto de sociedades civiles sin personalidad jurídica, pues las normas relativas a las comunidades (cfr. art. 1669 II del C.c.) han de entenderse limitadas al sustrato material o fondo común formado por los socios.

¹³ Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas y Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi hablan de “*promoción de las actividades económicas y sociales de sus miembros*” y el socio recibe su cualidad de socio y derechos correspondientes expresados mediante una parte del capital social, lo que es título oneroso ex STS, Sala 1ª, de 5-04-2013.

ción preferente ex art. 112 de la LDCFV (“*Los parientes tronqueros, sean o no aforados, según el orden del art. 20 y la línea y grado de proximidad a la raíz, tienen un derecho preferente de adquisición sobre los bienes troncales que se intentare enajenar a extraños y a título oneroso*”) y no ofrece duda porque, como hemos dicho hay escritura pública fundacional (e inscripción en el Registro propio de dicha sociedad, cooperativas, mercantil...).

- 2 La aportación de bienes troncales a sociedad civil regular, con independencia de que se le reconozca o no personalidad jurídica (art. 35 y 1665 del C.c.¹⁴), está igualmente sujeta a los derechos forales de adquisición preferente, pues, como se constituye “*ad solemnitatem*” (STS, Sala 1ª, de 24-7-1993) mediante escritura pública (art. 1667 y 1668 del C.c.), se transmite su propiedad, ora a dicha personalidad jurídica (art. 38 del C.c.), en cuyo caso puede inscribirse a su favor, ora al de los diferentes consocios pues hay título y modo (art. 609 y 1462 del C.c.) y como veremos de seguido la aportación a comunidad supone enajenación.
- 3 Lo mismo será de aplicación respecto de la aportación a sociedades sin personalidad jurídica, tanto porque, sea la aportación acto de comunicación, destinación o transmisión, se permite el cambio de cotitular en el bien troncal (art. 399 y 1696 del C.c.¹⁵), cuanto que la mayoría de la Doctrina y la Jurisprudencia¹⁶ entienden

¹⁴ El camino de ida y vuelta de la DGRN se observa en las RDGRN de 31-03-1997, 14-02-2001 y 25-06-2012.

¹⁵ La calidad de socio es personalísima (STS, Sala 1ª, de 16-06-1995 y art. 143 del C.d.c. y 1696 del C.c.), pero ello no supone que sea intransmisible sino que precisa la unanimidad para la transmisión, cosa que no sucede en la sociedad de gananciales.

¹⁶ Lo que implica que todos los bienes presentes son propiedad de los socios en régimen de copropiedad ordinaria, a los que se aplican las normas atinentes a la comunidad de bienes de los art. 392 y siguientes del C.c. (SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 2-6-2009 y SAP de Las Palmas, Sec. 4ª, de 19-4-2000, STS, Sala 1ª, de 24-7-1993, 19-11-2008 y 27-05-1988) ex art. 1699-II, 1673 y 1674 del C.c. STS, Sala 1ª, de 24-7-1993 y 21-10-2005:

que sus bienes son de los socios como comunidad de bienes y ésta es una “*propiedad plúrima total*”¹⁷, o sea, transmitir una cuota es “*achicar*” mi espacio para dar entrada a otra persona en ese mismo derecho subjetivo pleno que yo tengo supone, por lo tanto, una transmisión (art. 348 y 609 del C.c.). Efectivamente, el régimen de la troncalidad se extiende a las enajenaciones de cuotas indivisas de bienes troncales (SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 02-02-1999, SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 6-07-2007, SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 01-10-2010). Y en cuanto qué acto de enajenación a título oneroso abarquen los derechos forales de adquisición preferente, ha de contestarse que se comprenden todos conforme a la STSJ del País Vasco, Sala 1ª, de 02-06-2004 (“*con lo que la expresión literal del precepto –art. 112 de la LDCFV– está indicando que el derecho preferente existe cualquiera que sea la figura contractual bajo la cual se lleve a cabo*

“*Parece claro que las normas de la comunidad rigen el fondo común o sustrato material, donde está enclavada la configuración del derecho de cada comunero, en tanto que los aspectos organizativos y obligatorios se han de llevar a la sociedad, en función de las remisiones de los artículos 392 II y 1669 II del Código civil*”.

17 “... hoy en día se ha impuesto la tesis de la PROPIEDAD PLURIMA TOTAL... en los casos de cotitularidad o comunidad, el derecho de cada uno de los titulares debe entenderse como un derecho pleno, autónomo, cualitativamente idéntico al derecho de propiedad en cuanto a su extensión, pero que en cuanto a su ejercicio se ve limitado por la coexistencia de los derechos de los demás comuneros...” (Beltrán de Heredia y Castaño, José. “*La comunidad de bienes en derecho español*”. Editorial Revista Española de Derecho Privado. Madrid, 1954).

Invariablemente la Jurisprudencia opta por la propiedad plúrima total (STS, Sala 1ª, de 28-05-1986 y 19-05-2006 y RDGRN de 26-12-1946 y 10-2-2003, pues aunque carente de personalidad jurídica (STS, Sala 1ª, de 22-05-1993 y 5-02-1994), es la fórmula jurídica de integración, como sujeto de derecho, de una pluralidad de personas titulares de un único derecho de propiedad sobre la misma cosa, hay un trasvase, transmisión y un ejemplo “*jurisprudencial*” es la RDGRN de 02-02-1960 en la que los herederos de un cónyuge renunciaron a su participación en la sociedad de gananciales, y la DGRN resolvió que esa porción renunciada no pasaba a los herederos abintestato, sino que acrecía al cónyuge supérstite, lo cual es el efecto típico de la comunidad germánica. Implícitamente, la STS, Sala 1ª, de 21-10-2005: “*ya se entienda el proceso de liquidación como subsistencia transformada de la misma sociedad ya se piense que se produce la extinción social por venir a menos del vínculo, como ocurre en las llamadas sociedades internas*”.

la enajenación, si ésta se verifica a título oneroso” y la SAP de Bizkaia, Sec. 3ª, de 20-10-1998 (“Pues bien para poder promover con éxito el derecho de saca, es preciso que se haya enajenado un bien troncal, debiendo entender el concepto de enajenación en un sentido amplio, como aquel acto o contrato por el que el titular del bien raíz transmite a otra persona por el título que sea la propiedad de la finca” y “no habiendo entrado dicho bien en el patrimonio ajeno, no existe la premisa de la transmisión efectiva del bien raíz que legitime a sacar el mismo”).

- 4 La dotación a fundaciones: Para la mayoría de la Doctrina (ALBADALEJO¹⁸, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN¹⁹ y LACRUZ²⁰) se trata de un negocio jurídico de carácter dispositivo y gratuito, y no recepticio, pues la voluntad no necesita ser notificada a nadie para que produzca efectos. Efectivamente, es dispositivo y traslativo, como hemos visto²¹ y gratuito pues el dotante precisa capacidad para disponer a título gratuito no tienen ánimo de lucro y a su extinción sus bienes no retornan a los socios sino que siguen afectos de varias maneras a fines generales (art. 35 del C.c., art. 3 y 35 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, art. 2 y 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. La dotación de bienes troncales a fundaciones es pues, nula, como acto a título gratuito (art. 24 de la LDCFV). Por el contrario, ARRIOLA²², entiende que “no obstante, la vocación perdida por el Parlamento Vasco para subsanar un error histórico, no deben de dejarse de en-

¹⁸ ALBADALEJO GARCÍA, Derecho Civil, I, Parte General. 15ª ed. Librería Bosch. Barcelona, 2002.

¹⁹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, vol. 1, Introducción. Tecnos, 2003.

²⁰ LACRUZ BERDEJO y otros, Elementos de Derecho Civil, I, Parte General, vol. 2º (Personas), DIKINSON, Madrid, 2002.

²¹ En cuanto a dotación a fundaciones, la STS, Sala 1ª, de 07-03-2011, implícitamente y la SAP de Sevilla, Sec. 7ª, de 04-07-2007 y 24-10-2007, explícitamente.

²² El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992. Aranzadi, 1994.

tender admisibles las dotaciones inmobiliarias de bienes troncales a Fundaciones en Vizcaya, amparadas en la tradición, en la costumbre y en el carácter dispositivo de sus normas”.

- 5 La aportación a asociaciones: Como quiera que, no tienen ánimo de lucro y a su extinción sus bienes no retornan a los socios sino que siguen afectos de varias maneras a fines generales art. 5, 8.2. y 18.1.e) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y art. 5, 6.2 y 19 de la Ley 3/1988, de 12 de febrero, de asociaciones) la aportación de bienes troncales es nula como acto a título gratuito²³ ex art. 24 de la LDCFV.

IV. APORTACIÓN DE BIENES TRONCALES A COMUNIDAD MATRIMONIAL

1º. Introducción: Cuando un socio realiza una aportación a la sociedad recibe como contrapartida de lo aportado un título que representa una parte del capital, mayor o menor, en función de lo aportado. En la comunidad ordinaria, por cuotas o romana, también lo aportado o comunicado por cada comunero determina su participación en la misma. Y ambos derechos son transmisibles y hay libre derecho de separación, como hemos visto. Pero este esquema no se reproduce en la sociedad de gananciales, por ser comunidades en mano común o germánica a tenor de la predominante Jurisprudencia²⁴, cuya consecuencia es la existencia de tres masas patrimoniales (dos privativas y una ganancial) entre las que son posibles negocios traslativos pero como comunidad estable, indefinida, sólo disoluble por causas tasadas, con indivisión del objeto e indivisión del derecho, sin atribución por tanto a los partícipes de cuotas que les permita a cada uno de ellos la realización de actos dispositivos sobre

²³ SAP de León, Sec. 1ª, de 24-02-2012 y STC nº 135/2006, de 27-04-2006.

²⁴ STS, Sala 1ª, de 21-11-198, 12-06-1990, 8-10-1990, 29-04-1994 y 25-02-1997.

las mismas o la propia cosa común (art. 1375 y ss. del C.c.) o el ejercicio de las acciones de división (art. 1392 y ss. del C.c.) y, además, la participación de cada cónyuge (art. 1344 del C.c.) es fija en la mitad del patrimonio común. La misma naturaleza es predicable respecto de la comunicación foral de bienes vizcaína (art. 95, 106, 109 de la LDCFV)²⁵.

2º.- Concepto: Superando la literal norma del art. 1355 del C.c. que sólo contempla la posibilidad de asignar de carácter ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso²⁶, desde la RDGRN de 10-03-1989 es viable que los cónyuges puedan transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar, entre sí, toda clase de contratos (art. 1323, 1355 y 1458 del C.c.). Así se admiten cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto. Y, específicamente, se reconoce el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes, como categoría autónoma y diferenciada. Sin embargo, esta resolución no perfila sus requisitos ni hace referencia expresa a la causa, de este negocio.

3º. Naturaleza jurídica: A partir de dicha Resolución, la Doctrina de la DGRN admite dichos negocios, como hemos avanzado, pero exige la especificación causal del negocio (oneroso o gratuito, RDGRN de 11-

²⁵ En la Doctrina, MARTÍN OSANTE, Luis Carlos. “*El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno. La comunicación foral de bienes*”. Gobierno Vasco. Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social - Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996 y en la Jurisprudencia: SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 25-01-1988, Auto de la AP de Bizkaia, Sec. 5ª, de 26-04-2006 y SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 5-06-2009.

²⁶ De Castro señaló que en ningún caso basta la interpretación gramatical de toda regla jurídica, aún la de apariencia gramatical más clara requiere una interpretación conforme a su fin. Doctrina confirmada por la STS, Sala 1ª, de 6-10-1991 al expresar que el criterio para la interpretación de una norma no debe ser exclusivamente el gramatical, porque ello conduciría a una solución opuesta al sistema en que la norma está encajada en muchos casos, debiendo acudir, por tanto a un sistema espiritualista a fin de conocer el ámbito de aplicación de la norma.

06-1993 y 28-05-1996), especificación que puede ser más o menos explícita. De modo que se predica la atipicidad del negocio, no de su causa. En consecuencia hay una miscelánea de Resoluciones que consideran suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, y entienden inscribible siempre que se haga referencia a las mismas, de manera más o menos explícita²⁷.

Ha de destacarse la aislada introducción por la RDGRN de 06-06-2007, con ambiguos precedentes en la de 22-06-2006, de la admisión de los actos neutros, con gran éxito de seguimiento, mero seguidismo, en la Jurisprudencia menor²⁸. Es una resolución “*tramposa*” que introduce la aportación a gananciales como acto neutro mediante el recurso a interpretar sesgadamente Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado y Sentencias del Tribunal Supremo. Así la causa a que se refería la RDGRN de 10-03-1989 era la “*iusta causa traditionibus*”. Por el contrario la la RDGRN de 06-06-2007 “*la baila*” y pretende que la pri-

²⁷ “... aporta... con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución” (RDGRN de 21-07-2001); el pacto capitular por el que se inicia una nueva sociedad de gananciales a la que se aporta “*gratuitamente*” un bien privativo (RDGRN de 30-12-1999); “*La causa de dicha aportación tiene su origen en eliminar dificultades a la hora de liquidar su sociedad de gananciales debido a los gastos habidos al contraer matrimonio y que el préstamo hipotecario reseñado se está reintegrando y se va a pagar con dinero ganancial*” (RDGRN de 17-04-2002), aportan por ambos cónyuges bienes a la nueva sociedad de gananciales que se constituye, estimando los otorgantes de igual valor los aportados por cada uno de ellos (RDGRN de 8-05-2000) “*no plantea, desde ningún punto de vista, problema alguno de expresión de la causa*”; y la escritura por la que dos cónyuges casados en régimen de gananciales declaran que, sobre una finca privativa del marido al haberla adquirido por título de donación, han construido una edificación, con aportaciones proporcionales a fin de que el valor del solar quede compensado con una mayor aportación privativa de la esposa en el dinero invertido en la construcción, igual al valor del solar, de modo que cada uno de los cónyuges resulte tener el mismo interés económico en el edificio resultante y en suelo, por lo que solicitan la inscripción correspondiente con carácter ganancial (RDGRN de 12-06-2003 y 18-09-2003).

²⁸ SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 12-09-2012, 04-11-2010 y 27-11-2009, SAP de Asturias, Sec. 5ª, de 23-1-2012, de Castellón, Sec. 2ª, de 18-5-2009, de Valladolid, Sec. 3ª, de 1-12-2009, de Madrid, Sec. 11ª, de 27-7-2010, de Toledo, Sec. 1ª, de 2-11-2012.

mera no trata del negocio traslativo entre cónyuges (art. 609 del C.c.) como causa de la transmisión, sino de la causa de dicho negocio (art. 1261 y 1274 del C.c.). Así la RDGRN de 06-06-2007 por primera vez declara existir causa distinta de la onerosa o gratuita, a la vez que, y consecuentemente, se habla menos de transmisión entre los cónyuges y se introduce la teoría de la destinación (“*Se trata de sujetar el bien al peculiar régimen de afectión propio de los bienes gananciales, en cuanto a su administración, disposición, cargas, responsabilidades, liquidación que puede conducir a su atribución definitiva a uno u otro cónyuge, de acuerdo con las circunstancias de cada uno, o sus respectivos herederos*”). Igualmente, la citada RDGRN de 06-06-2007, reproduce parcialmente como parte de su fundamentación la STS, Sala 3ª, de 02-10-2001²⁹, ignorando párrafos enteros de esta última, específicamente cuando afirma “*por lo que toda aportación efectuada por los cónyuges al matrimonio, goza de exención, aunque se efectúe una vez celebrado el mismo, siempre que se trate de “verdaderos actos de aportación al régimen económico matrimonial...*”, por lo que declara las mismas sujetas como transmisiones, pero exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, por contraposición a las transmisiones entre cónyuges (entres sus patrimonios privativos) sujetas y no exentas. Por lo tanto la afectión es transmisión para este alto tribunal, no es figura jurídica distinta que es la retorcida interpretación que introduce la DGRN.

Sin embargo, un amplio sector doctrinal, como hemos visto, es reacio a la consideración de una causa distinta de las típicas (onerosa o gratuita ex art. 1274 del C.c.), autónoma y que por algunos se identifica con la “*causa matrimonii*” o “*ad sustinenda oneri matrimonii*” como factor determi-

²⁹ Nuevo “*truco*”, pues la Jurisprudencia civil, art. 1.6 del C.c. debe emanar del Tribunal Supremo (o del Tribunal Superior de Justicia) pero sólo de la Sala de lo Civil (STS, Sala 1ª, de 16-12-1976 y 22-2-1993) “*sin que merezca tal concepto la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las restantes Salas de este Supremo Tribunal, entre ellas las de lo contencioso-administrativo (sentencias de 23 de abril de 1929, 8 de marzo de 1935, 29 de octubre de 1951, 23 de febrero de 1967, 15 de octubre de 1971 y 19 de febrero de 1972)*”.

nante de la razón o causa jurídica de la aportación. De hecho, la Dirección General de Registros y del Notariado en su RDGRN de 23-05-2013 ha vuelto sobre sus pasos, a propósito del régimen económico matrimonial valenciano de “*germanía*”, que reconoce similar a la de gananciales y a la que expresamente extiende su doctrina sobre esta última relativa a los requisitos precisos para la inscripción en el Registro de la Propiedad de bienes desplazados desde una masa patrimonial privativa a otra en mano común y establece que: 1º.- estos desplazamientos patrimoniales se someterán al régimen jurídico determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (arts. 609, 1255 y 1274 del C.c.) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil. 2º.- En todo caso, han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible³⁰ los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el común, y especialmente su causa, que no puede presumirse a efectos registrales (cfr. arts. 1.261-3º y 1.274 y siguientes del C.c.). 3º.- Un pacto semejante, de acuerdo con las consideraciones más arriba expuestas, comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa común (constituída por un patrimonio separado colectivo, distinto de los patrimonios personales de los cónyuges, afecto a la satisfacción de necesidades distintas y con un régimen jurídico diverso).

³⁰ La STS, Sala 1ª, de 10-10-1997 exige la determinación del objeto y causa en el mismo negocio: “*La determinabilidad por tanto equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo; es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de uno de los contratantes (arts. 1256) ni a un nuevo acuerdo entre ellos (...). Al no haberlo entendido así la Sala de instancia ha infringido lo dispuesto en el art. 1261, 2º, del Código civil, que requiere la existencia del objeto cierto para la validez del contrato. Como dice la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1996, se infringe, por interpretación errónea, el núm. 2º del art. 1261 del Código Civil al no estimar la indeterminación del objeto de la compraventa, que es lo acontecido en este caso*”.

4º. Clases: A efectos de entrar en el fondo del asunto, vamos a seguir el esquema de GARRIDO CERDÁ³¹ acerca de la alteración del carácter privativo o ganancial de los bienes gananciales en nuestro análisis:

- A) Puede tratarse de una alteración formal: Cuando teniendo los bienes uno u otro carácter resulten circunstancias posteriores que acrediten que estaban mal catalogados. A este supuesto se refiere el art. 95.6 del Reglamento Hipotecario, cuando dispone que “*La justificación o confesión de la privatividad hechas con posterioridad a la inscripción se hará constar por nota marginal. No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona*”. Aunque nada diga el Reglamento Hipotecario, ni el Código civil (art. 1324³²) lo mismo puede aplicarse a la justificación o confesión de ganancialidad, después de estar inscrito el bien como privativo o presuntivamente privativo a favor de uno de los cónyuges.

Estamos hablando de un mero problema de prueba, no de aportación a la sociedad conyugal, por lo que, a diferencia del supuesto siguiente, la confesión no es un negocio traslativo de dominio, sino mero medio de prueba del carácter ganancial de ciertos bienes. Según la mayoría de la Doctrina y de la Jurisprudencia, se reconoce a la confesión la eficacia de ser prueba bastante entre cónyuges y sus herederos no legitimarios, a los que vinculan los actos propios de su causante, y, al contrario, (STS, Sala 1ª, de 8-10-2004 y de 25-09-2001) dicho precepto tiende a “*preservar los intereses de los herederos forzosos y de los acreedores, para no “blindar” situaciones de posibles fraudes...*”, a los que no vincula dicha declaración, lo cual

³¹ GARRIDO CERDÁ, Emilio, “*Los gananciales, teoría general. Los negocios para la alteración del carácter privativo o ganancial de los bienes*”. Fundación Matritense del Notariado. Madrid, 1998.

³² “*Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges*”.

es obviamente extensible a los parientes tronqueros, como beneficiarios de una sucesión forzosa.

B) Puede tratarse de una alteración de fondo: Cuando determinados bienes que deberían ser privativos o gananciales, tengan, sin embargo, un carácter contrario por voluntad de los cónyuges o de terceros. Y a su vez, esta alteración puede producirse:

1. De manos de terceros, ex art. 1353 del C.c. (“*Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges, conjuntamente y sin designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto otra cosa*”). Podemos concluir que, tanto por la nulidad de la donación de la parte del bien troncal (art. 24 de la LDCFV), como por la reserva impuesta por el art. 87 de la LDCFV (“*En los bienes raíces donados para un matrimonio, antes o después de su celebración, sucederán los hijos o descendientes habidos de él, con exclusión de cualesquiera otros*”), ni en régimen de gananciales ni en comunicación foral (art. 97 de la LDCFV) parece que los bienes troncales puedan eludir, al entrar en el patrimonio conyugal, su afección o destino troncal mediante la acción de nulidad ex art. 24 de la LDCFV.

2. De manos de los cónyuges. El art. 1355.1 del C.c., para la sociedad de gananciales, establece que “*Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga*”. Los art. 4 y 97 de la LDCFV permiten llegar a la misma conclusión, de absoluta libertad para celebrar negocios entre las tres masas patrimoniales en comunicación foral, las dos privativas y la ganada. Ahora bien, ha de tenerse muy presente la especial naturaleza de la consolidación de la Comunicación Foral de Bienes, de modo que constante matrimonio, la relación entre las masas patrimoniales funciona prácticamente como en el

régimen de gananciales, y serán aplicables las reglas que disciplinan la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1323 y 1355 del C.c.) y en su virtud se podrán realizar contratos y trasvases de la masa ganancial a la privativa y viceversa. Pero:

- i. Caso de consolidarse la comunicación, las atribuciones que se hayan realizado durante la vida del matrimonio, sólo tendrán eficacia si se han otorgado como modificaciones del mencionado régimen y en capitulaciones matrimoniales, pues la fusión de patrimonios es inexorable, en caso contrario (art. 95 de la LDCFV y Auto de la AP de Bizkaia, Sec. 5ª, de 26-04-2006).
- ii. No consolidándose la comunicación foral, la comunidad de bienes resultante queda prácticamente en la misma situación que bajo el régimen del Código Civil; manteniéndose dos patrimonios privativos y dos cuotas sobre un patrimonio común de naturaleza post consorcial³³ que tienden a separarse según su procedencia (art. 109.1), sin mezcolanza y con un derecho de reembolso (art. 109.3 y 110.3).

Es decir, el legislador vasco no contempla el negocio de aportación a comunicación foral (pese todos los Notarios autores de la Ponencia origen de la Ley 3/1992, Arriola, Hernández, Fernández de Bilbao y Urrutia) pues el mismo es innecesario para el supuesto de dicha inexorable fusión de patrimonios³⁴, o al contrario, el negocio de aportación es innecesario en caso de frustración de la comunicación dado el inexorable destino de los bienes troncales a su origen (art.

³³ SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 10-02-1999, en la comunidad postcomunicación foral los partícipes ostentan una titularidad abstracta sobre el conjunto, no pudiendo ningún miembro de la comunidad hacer disposición de bienes concretos que a ella pertenezcan en tanto no se realice la correspondiente división.

³⁴ La cuál, aquí sí, como recuerda la STS, Sala 1ª, de 18-07-1991 “*en la comunidad universal, implican desplazamientos sin correspondiente*”, porque tiene lugar por ministerio de la ley.

108.1 y 109.1 de la LDCFV). Pero como la vida es más variada y rica que la Ley, quedó sin regular el supuesto de que difiriese la ley aplicable al matrimonio y la aplicable a la sucesión (fuera de la previsión del art. 9.8 del C.c.).

Según MARTÍNEZ SANCHIZ³⁵ y GARRIDO CERDÁ³⁶ este tipo de negocio de atribución podrá configurarse de una de dos maneras³⁷:

- a. “*Afección*” de ganancialidad sin alterar la titularidad inicial, con lo que el bien seguirá titulado a nombre del aportante, pero sujeto al régimen de gananciales y a un derecho liquidativo al fin de la sociedad, interpretación avalada por el art. 93 del Reglamento Hipotecario y minoritaria en Doctrina y Jurisprudencia³⁸ y, suponemos, tiene un evidente origen y fin tributario para evitar el pago de impuestos por transferencias entre cónyuges, pues no olvidemos que las oficinas de los Registros de la Propiedad son en muchos casos oficinas liquidadoras de ese tributo.

La RDGRN de 06-06-2007, como hemos visto, pretexto el art. 45.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, regulador del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, mas lo cierto es que el mismo habla de “*Las aportaciones (no tintado o mera afección) de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las*

³⁵ “*Casos dudosos de bienes privativos y gananciales*”. Obra citada.

³⁶ “*Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*”. Obra citada.

³⁷ El artículo 1355 C.c. no puede aplicarse si no concurren los requisitos que el mismo exige: adquisición onerosa, constante el matrimonio y acuerdo de los cónyuges, que deberá ser simultáneo al acto de adquisición, pues de lo contrario lo que existiría es un negocio traslativo y no una calificación.

³⁸ Como hemos visto en nota anterior, para estos autores la ganancialidad es una realidad económica que “*imprime carácter*”, sujeta a un régimen a los bienes, pero no precisa la existencia de tres masas separadas, dos privativas y una común, de modo que ésta puede existir o no. La STSJ de la Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28-2-2001 y RDGRN de 06-06-2007, con ambiguos precedentes en la 22-06-2006.

mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales". Todavía más importante, en mi opinión, es el insalvable obstáculo del juego de la responsabilidad de los bienes comunes por deudas de uno de los cónyuges, pues si el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del C.c.), los bienes gananciales/ganados están sujetos a embargo, ejecución e inclusión en la masa activa del concurso por deudas de cualquier cónyuge, aportante o no (art. 1373 del C.c. y 102 de la LDCFV, 541 de la LEC y 77.2 de la Ley Concursal), luego el mismo ha adquirido propiamente los bienes, sin que pueda argüirse una afección a modo de garantía de deuda ajena, pues el art. 538 de la LEC específicamente trata ese supuesto como distinto del embargo de bienes gananciales. En suma, ese conjunto normativo considera los bienes comunes como copropiedad del cónyuge deudor. Aparte de dicha incongruencia, la aceptación de la teoría de la mera afección choca con indudables obstáculos en relación a la troncalidad, por lo que necesariamente ha de apartarse el Derecho Foral vizcaíno de la aplicación de esta interpretación sobre el Derecho común, porque los partidarios de la mera "afección o tintado" ganancial dejan abierta la "atribución definitiva a uno u otro cónyuge" de los bienes y la contrapesan con la presunción favorable al derecho de reembolso previsto (art. 1358 del C.c.)³⁹. Mas en las adjudicaciones preferentes de gananciales (art. 1406 del C.c.) no se incluyen los bienes troncales, obviamente, con lo que hay los

³⁹ A favor del reembolso, SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 12-09-2012, de Salamanca, Sec. 1ª, de 14-10-2008 y 23-12-2008, de La Coruña, Sec. 6ª, de 26-05-2009 y de Asturias, Sec. 4ª, de 13-07-2009 y RDGRN de 22-06-2006. Derecho reembolso que, como crédito subordinado en caso de concurso (art. 92.5 y 93 de la Ley Concursal), puede llegar a ser una veleidad.

siguientes motivos para negar tal afectación: 1º.- De seguir las tesis del tintado/afectación de bienes troncales, subrogables por un equivalente en la liquidación del consorcio conyugal, éstos devendrían en fungibles⁴⁰ (da lo mismo que aporte bienes raíces si me lo compensas al fin del régimen económico matrimonial), lo que es diametralmente opuesto a la esencia de la troncalidad, la permanencia del bien en la familia, la llamada de los bienes troncales a “*su procedencia*” (art. 17 de la LDCFV). 2º.- la subrogación de bienes troncales sólo puede operar entre bienes troncales (art. 22.3 de la LDCFV), no sobre el dinero (SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 13-02-2004); 3º.- si el régimen de la frustración de la comunicación foral de bienes (art. 109.1 de la LDCFV) responde al fin de reservar éstos a otros parientes tronqueros ante la imposibilidad en ese caso de que los hijos del matrimonio sucedan en los bienes troncales (SAP de Bizkaia, Sec. 3ª, de 22-12-1992) no se ve por qué ha de ser distinta la aplicación a una misma sociedad de gananciales; 4º.- En consecuencia con esta tesis y la mayoritaria opción doctrinal⁴¹ y Jurisprudencia por el carácter meramente declarativo o determinativo de la partición y ad-

⁴⁰ Al contrario que en los art. 839 y 840 del C.c. no existe la opción para el tronquero (no querida por el viudo) de conmutar el usufructo del viudo por nada que no sea un capital en efectivo, lo cuál evita los problemas de reservas que podría generar en caso contrario como en Derecho común (véase la SAP de Bizkaia, Sec. 5ª, de 24-06-2002), o sea, se facilita la salida del viudo de los bienes troncales, pues el dinero es exactamente lo contrario del bien raíz, fungible (art. 1170 del C.c.) y no troncal (art. 19 de la LDCFV y SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 13-02-2004). De ahí que orden el art. 58 de la LDCFV que el dinero que se entregue al viudo será de su libre disponibilidad y no podrá estar sometido a reserva, devolución, carga ni limitación de ninguna clase ni aun en los supuestos de extinción sobrevenida del usufructo. Igualmente el art. 89 de la LDCFV, en línea con el art. 110, extiende por accesión la troncalidad a los bienes reservables, sin perjuicio de la obligación de indemnizar.

⁴¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “*Derechos reales. Derecho hipotecario*” Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001.

judicación, no traslativo de derechos⁴² resultaría que sin haber entrado nunca los bienes troncales en la propiedad del cónyuge advenedizo, pues sólo ha habido por la mera afectación, resulta que ingresan en su patrimonio en un momento indefinido, pues la partición tampoco es un acto traslativo, sino que se especifica su cuota sobre bienes concretos. 5º.- además de los principios generales de la LDCFV (art. 17) están las normas específicas de protección de la troncalidad (art. 24 y 112), dentro del cuál destaquemos que el manejado por la LDCFV concepto de “*actos de disposición*” es mayor que el de actos de enajenación y aparte la postura mayoritaria que considera la aportación como verdadera transmisión, la aportación a gananciales es, en todo caso, un acto de disposición (RDGRN de 22-04-2006 y STS, Sala 1ª, de 17-10-1978) conforme a “*la distinción entre actos de disposición- los tendentes a enajenar la cosa o a constituir sobre ella derechos reales o gravámenes y actos de administración –los que tienden a la conservación, goce y uso de la cosa...*”. Y según la SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 4-02-2009 el usufructo es un gravamen y, en cuanto afecte a bienes troncales, su constitución gratuita es nula de pleno derecho (derecho viudal aparte ex art. 60 de la LDCFV). Y no cabe duda que la afección a gananciales, en todo caso, grava, es un gravamen, sobre la titularidad por el aportante del bien troncal aportado, sometiéndola a un régimen jurídico restrictivo y

⁴² En general acerca de la partición de herencia, STS, Sala 1ª, de 3-02-1999, 5-03-1991, 18-02-1987, 3-02-1982 y 25-01-1943. La RDGRN de 06-06-2007 afirma que la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida y cita varias las Resoluciones (RDGRN de 2-01-2004, 4-04-2005 y 14-04-2005) aunque prevalece la línea determinativa (RDGRN de 2-01-2004, de 6-04-1962. La STS, Sala 1ª, de 21-05-1990 y SAP de Asturias de 14-10-1992 defienden el carácter especificativo o determinativa, no traslativa de la partición y adjudicación de gananciales. La STS, Sala 1ª, de 10-01-1991 explica que “*la división de cosa común o extinción de condominio no tiene función traslativa sino de concreción de cuotas abstractas correspondientes a los copropietarios, por lo que no supone una transmisión onerosa*”.

que puede avocar, caso de mecanicista aplicación de la teoría de la mera afectación, a que el bien troncal pase a advenedizos sin que haya habido nunca propiamente enajenación, luego es un acto de disposición, que habrá de ser juzgado en cada caso como oneroso o gratuito, como veremos después.

- b. Aportación a gananciales, transformando la titularidad inicial en una cotitularidad (aportación a la sociedad matrimonial, a la masa común, a los gananciales o bienes ganados). Entonces ya no habrá una simple afectación patrimonial, sino algo más, una verdadera transferencia dominical⁴³, que es lo que nosotros sostenemos.

En régimen de comunicación foral de bienes, tanto si se consolida (art. 108.1 de la LDCFV), como si no (art. 109.1), el cónyuge pariente tronquero tiene derecho a la adjudicación preferente de bienes troncales. Y, caso de frustración, en relación a las adquisiciones onerosas o mejoras de bienes raíces troncales, da origen a un derecho de crédito, al abono de estas impensas al cónyuge de la otra línea (art. 109) y la facultad de éste de gozar y disfrutar de su mitad durante sus días (art. 110). Por el contrario, si se le adjudicaran los bienes troncales al viudo advenedizo (art. 108.3) los tiene que reservar en todo caso a la descendencia del premuerto (art. 86).

Pero si el régimen económico matrimonial es de gananciales, no existe tal derecho de predetracción de bienes troncales ni la reserva viudal troncal que garantiza en comunica-

⁴³ Postura mayoritaria en la Doctrina y Jurisprudencia la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16-11-1998 (“... el contrato de aportación de bienes a la comunidad de gananciales ha tenido por objeto la atribución de ganancialidad de bienes originariamente privativos, lo que en rigor supone la transmisión de un bien de un patrimonio (privativo) a otro (ganancial) y no solamente un simple cambio de calificación del mismo”) que por tanto declara sujeta pero exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, la STS, Sala 3ª, de 2-10-2001 reconoce igualmente dicha exención pero reconoce que es una verdadera transmisión entre cónyuges.

ción foral de bienes la perduración del patrimonio troncal dentro de la parentela tronquera. La duda surge si existe una aparente libre transmisión de bienes troncales por esta vía de aportación a gananciales, lo que “huele” a que choca con la troncalidad como limitación de disponer (art. 1 y 3.2, 17 y 112 de la LDCFV) que es incluso el fundamento del régimen de la frustración de la comunicación foral de bienes, como hemos visto⁴⁴.

En este caso podríamos encontrar dos situaciones: 1º.- Ir al “*primer asalto*” o impugnar la aportación a la sociedad de gananciales, lo que supone buscar la equiparación del acto neutro de aportación de bien troncal a los gratuitos u onerosos, según el caso. 2º.- Ir al “*segundo asalto*” o “*repesca*” del bien troncal a la disolución de la sociedad conyugal.

1. Equiparación del acto neutro de aportación de bien troncal a los gratuitos u onerosos, según el caso: Ello lo podemos sostener en cinco ideas:

a. Ya hemos visto porqué el legislador vasco no previó la posibilidad –más bien la excluyó– de los actos neutros: Porque en el régimen de comunicación foral la fusión por consolidación hacía innecesaria ninguna aportación al patrimonio común y porque su frustración la hacía innecesaria por la devolución de los bienes troncales al tronco. Esto y la constante remisión a actos a título oneroso y gratuito en la Exposición de Motivos de la LDCFV y en su articulado (art. 17, 24, 112, etc.) permite afirmar que la supletoria aplicación del negocio de derecho común de aporta-

⁴⁴ La SAP de Bizkaia, Sec. 3ª, de 22-12-1992 entiende que la frustración de la comunicación foral de bienes responde al fin de reservar éstos a otros parientes tronqueros ante la imposibilidad en ese caso de que los hijos del matrimonio sucedan en los bienes troncales, hasta ahí llega el predominio de la troncalidad sobre otra institución básica, cual es el matrimonio.

- ción como acto neutro atenta contra la troncalidad y debe ser rechazado (art. 3.2 y 16 de la LDFCV)⁴⁵.
- b. La STSJPV, Sala 1^a, de 2-06-2004 descartó un criterio interpretativo según la cual los derechos o facultades que limiten la libertad de los derechos dominicales, han de ser entendidos en sentido restrictivo, porque la preferencia reconocida a los parientes tronqueros y las limitaciones que esa preferencia conlleva no constituyen sino medios de protección a la troncalidad, que es institución clave en el derecho vizcaíno y cuya prevalencia debe mantenerse, por tanto al interpretar las normas que regulan este instituto.
- c. El negocio jurídico de aportación de bien troncal se rige igualmente por la LDFCV por el juego de los art. 10.1, 10.5 y 16 del C.c. en relación al art. 5 que el Fuero de Bizkaia “*rige en toda su extensión en el Infanzonado o Tierra Llana*”, pues en las relaciones interregionales se aplica la ley del lugar en que estén sitos los inmuebles para regular la posesión, propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, ley aplicable igualmente, a los contratos sobre los mismos, a falta de sumisión expresa de las partes, sumisión en contrario que (art. 6.4 y 12.4 del C.c. y art. 4, 16, 23 y 93 de la LDFCV) no sería válida.
- d. El art. 78.1 de la Ley Concursal: (“*1. Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la*

⁴⁵ Ya dijo DE CASTRO que “*la eficacia de los principios generales es indudablemente superior a la de la norma subsidiaria, puesto que son en primer término la base de las normas jurídicas legales o consuetudinarias*”.

contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso”) permite pensar que el legislador ha optado por reducir los actos neutros a título gratuito u oneroso según o no haya contraprestación efectiva, no se pierde en el bizantino concepto de acto incoloro.

- c. Ello nos lleva a reconducir la aportación a que la misma sea necesariamente a título oneroso o gratuito. Obvia decir que cuando se expresa en el título que la aportación es a título gratuito, estaremos a lo dispuesto en el art. 24 de la LDCFV, o sea, es nula de pleno derecho. El problema es cuando no constase causa gratuita, constase la “*causa matrimonii*” o el carácter oneroso, sin contraprestación⁴⁶. Dado el carácter inmobiliario de los bienes troncales optamos por el criterio de, obvio ex art. 1281 y ss. del C.c., de la RDGRN de 23-05-2013 de interpretar la voluntad de las partes han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplaza-

⁴⁶ La STS, Sala 1ª, de 10-10-1997 exige la determinación del objeto y causa en el mismo negocio: “La determinabilidad por tanto equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo; es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de uno de los contratantes (arts. 1256) ni a un nuevo acuerdo entre ellos (...) Al no haberlo entendido así la Sala de instancia ha infringido lo dispuesto en el art. 1261, 2º, del Código civil, que requiere la existencia del objeto cierto para la validez del contrato. Como dice la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1996, se infringe, por interpretación errónea, el núm. 2º del art. 1261 del Código Civil al no estimar la indeterminación del objeto de la compraventa, que es lo acontecido en este caso”. Igualmente dice la STS, Sala 1ª, de 20-07-1992: “la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención y declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina la calificación del contrato”.

miento entre los patrimonios privativos y el común⁴⁷. Entendemos fundamental atender a la valoración conjunta de la operación realizada para entender cuál sea la finalidad perseguida en el caso concreto y así la causa será onerosa cuando la atribución ligue a una contraprestación y gratuita en los demás⁴⁸.

Efectivamente, decía ALBADALEJO que “*las figuras jurídicas son lo que son y no lo que los particulares quieren que sean*”, lo que viene a colación de que las manifestaciones de los otorgantes por sí y ante sí nada prueban sobre el carácter oneroso o gratuito del negocio, pues la manifestación del carácter ganancial del bien y de su adquisición a título oneroso es lo mismo, a la inversa, o participa de la naturaleza de la confesión de privatividad (art. 1324 del C.c.), precepto tendente a “*preservar los intereses de los herederos forzosos y de los acreedores, para no “blindar” situaciones de posibles fraudes...*” (STS, Sala 1ª, de 8-10-2004 y de 25-09-2001) y que conforme a la Jurisprudencia expuesta por la STS de 24-09-2003 “*la manifestación hecha en los contratos sobre la entrega del precio no acredita su veracidad por lo que (...) incumbe al demandado la prueba de la existencia del precio*”.

2. La “*repesca*” del bien troncal a la disolución de la sociedad conyugal: Tanto el mayoritario punto de vista Jurispruden-

⁴⁷ La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano establece en sus art. 38 y ss. el régimen de germanía, muy parecido al de comunicación foral de bienes de Bizkaia por cuanto que es una comunidad en mano común, incluso universal de los bienes de los cónyuges, en la que se integraban tanto los aportados al matrimonio como los adquiridos durante el mismo, por cualquier título y que, al disolverse la sociedad conyugal y una vez liquidadas las deudas, quedaban atribuidos por mitad a cada uno de los esposos. Similares la gestión, responsabilidad por deudas y la disolución y liquidación.

⁴⁸ STS de 20-07-1992: “*la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención y declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina la calificación del contrato*”.

cial sobre el convenio⁴⁹ de adjudicación como meramente declarativo⁵⁰, como que la acción de división de cosa común no es acto de disposición (STS, Sala 1ª, de 5-6-1989) parecen limitar muchísimo un posible éxito de la impugnación de la adjudicación de bienes troncales en la partición de la sociedad de gananciales a favor del advenedizo, del que no sea pariente tronquero. Sólo nos quedaría el recurso al derecho de adquisición preferente foral, no aplicable en la mayoría de los casos, a saber, suelo urbano o urbanizable sectorizado (art. 114 de la LDCFV).

V. APORTACIÓN DE BIENES TRONCALES A PAREJAS DE HECHO

Existen tres tipos de parejas de hecho en la Comunidad Autónoma del País Vasco: A) Las constituidas con arreglo a la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, B) La “*unidad convivencial*” a que se refiere la Ley 1/2008, de 8 de febrero, del Parlamento Vasco, de Mediación Familiar, constituidas por “*las personas unidas por una relación permanente análoga a la conyugal*” y C) El resto.

Desde el punto de vista del régimen patrimonial, podemos reducirlas a las inscritas conforme a la Ley 2/2003, por una parte; y las demás, por la otra.

⁴⁹ STS, Sala 1ª, de 9-06-1997: “*La naturaleza de este hecho, -dar ejecución a la distribución del caudal hereditario-, es de relación contractual, al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, al acomodarse a sus intereses (Ss. de 3-1-1962, 25-2-1966, 21-5-1966, 18-2-1967, 8-2-1996), sin que sea necesario que afecte a todos los bienes, pues puede proyectarse sobre parte de los mismos, subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes o llevarse a cabo la definitiva en su momento, que tendrá en cuenta la parcial precedente, y esta tiene acceso al Registro de la Propiedad, conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento*”. Igualmente da naturaleza traslativa a la partición.

⁵⁰ STS, Sala 1ª, de 21-05-1990 y SAP de Asturias de 14-10-1992.

- A) En cuanto a estas últimas la Jurisprudencia ha establecido que (STS, Sala 1ª, de 6-10-2011 y de 12-09-2005), la unión de hecho, como institución que no tiene nada que ver con el matrimonio - STC 184/1990 y la 222/92, por todas-, aunque las dos estén dentro del derecho de familia, se puede proclamar que está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias, máxime tras la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, por lo que debe huirse de la aplicación por “*analogía legis*” de normas propias del matrimonio, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad.
- B) En cuanto a las parejas ex Ley 2/2003, su Disposición Adicional Primera afirma que todas las referencias hechas al matrimonio en las normas legales y reglamentarias aprobadas en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley se entenderán hechas también a las parejas de hecho, luego al merece la pena acotar que:
1. La aportación de bienes troncales a una pareja de hecho no debe presumirse como dice la reciente RDGRN de 7-02-2013 a propósito de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, sobre Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía, parecidísima a la Ley 2/2003 del Parlamento Vasco (“*cuando las barbas de tu vecino veas pelar...*”: “*la unión no matrimonial, por el mero hecho de iniciarse, no conlleva el nacimiento de un régimen de comunidad de bienes. En consecuencia que los bienes adquiridos por alguno de los convivientes constante la unión de hecho, por el solo hecho de su existencia, no pueden hacerse comunes a ambos. Pertencerán a aquel que los adquiriera, y, si los hubiesen adquirido en común, pertenecerán a ambos en copropiedad. Sólo estos bienes podrán ser repartidos al finalizar la unión o en cualquier momento, anterior o posterior, si es que se solicita su división*”).
 2. Se rechaza “*la existencia junto a una causa matrimonii que ampara y protege los desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, de una*

causa convivendi o familiae que ampara y protege igualmente los desplazamientos patrimoniales entre los convivientes con igual fuerza”.

3. De nuevo, la partición y adjudicación como actos meramente declarativos, limitan muchísimo un posible éxito de la impugnación de la adjudicación de bienes troncales en la partición del patrimonio común. No obstante, queda el consuelo de la aplicación de la reserva viudal troncal del art. 86 de la LDCFV (no aplicable cuando el matrimonio se disuelve por causa distinta de la muerte) y dicho precepto es una “*disposición común a las distintas formas de suceder*” (Capítulo V del Título III del Libro I de la LDCFV), por lo que sólo se aplicaría si el causante fuera vizcaíno aforado y le sobreviviera el cónyuge.
4. Por fin, algo de gran interés para las parejas de hecho vascas, añade la citada RDGRN de 7-02-2013: “*El documento donde consten los pactos será inscribible en el Registro de Uniones de Hecho (para establecer el régimen económico de la relación de la pareja estable) nunca perjudicarán a terceros*”, pues mientras el Registro de la Propiedad es un “*registro jurídico*”, “*el Registro de Parejas de Hecho es un Registro administrativo y por tanto su contenido no perjudica a tercero*”. A los datos del Registro de la Propiedad estaremos cara a determinar qué bienes están sujetos a la acción de los acreedores por deudas de un cónyuge, comunes por ser contraídas por ambos, o, en su caso, comunes por contribuir a las cargas o ser de interés de este tipo de familia.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “*Derecho Civil, I, Parte General*”. Librería Bosch. Barcelona, 2002.

BLANQUER UBEROS, Roberto. “*Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad y la relación obligatoria*”; Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1976.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. “*La comunidad de bienes en derecho español*”. Editorial Revista Española de Derecho Privado. Madrid, 1954).

CASTÁN Y TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, común y foral”. Reus, S.A. Madrid 1988.

CARIOTA-FERRARA, “*El Negocio Jurídico*”.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. “*Sistema de Derecho Civil*”. Tecnos. Madrid.1988 y 2003.

GARRIDO CERDÁ, Emilio. “*Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*”; Anales de la Academia Matritense del Notariado y Edersa, 1982.

GARRIDO CERDÁ, Emilio. *Los gananciales, teoría general. Los negocios para la alteración del carácter privativo o ganancial de los bienes*”. Fundación Matritense del Notariado. Madrid, 1998.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, Sistema de Derecho Civil, vol. 1, Introducción. Tecnos, 2003.

LACRUZ BERDEJO, José-Luis y otros, “*Elementos de Derecho Civil, I, Parte General*”, vol. 2º (Personas), DIKINSON, Madrid, 2002.

LÓPEZ JACOISTE, J. J., “*La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*”. R.D.P. 1965.

MARTÍN OSANTE, Luis Carlos. “*El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno. La comunicación foral de bienes*”. Gobierno Vasco. Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social - Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1996

MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. “*Casos dudosos de bienes privativos y gananciales*”. Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1985

Spota, “*Contratos, I*”.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “*Derechos reales. Derecho hipotecario*” Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001.

DE PRADA GONZÁLEZ, José-M^a. “*La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*”. Anales de la Academia Matritense del Notariado. 1968.

Bizkaiko Diputazio Probintzialaren mezu elebiduna

CÉSAR GALLASTEGI ARANZABAL

Deustuko Unibertsitateko Zuzenbide Fakultateko irakaslea

1. SARRERA: HERRI ERAKUNDEAK ETA EUSKARA. 2. DIPUTAZIO PROBINTZIALAREN 1877KO MEZUA: TESTUINGURUA ETA ESANAHIA. 3. TESTU ELEBIDUNAREN IRAGARPENA. 4. EUSKARAZKO TESTUAREN AURKIKUNTZA. 5. TESTUAREN TRANSKRIPZIOA. 6. IRUDIAK

1. SARRERA: HERRI ERAKUNDEAK ETA EUSKARA

Zuzenbidearen Euskal Akademiako aldizkariaren zenbaki hau Javier Oleaga gure kide eta idazkari ohiari eskainita dagoenez, berak gustuko zituena bi alderdi biltzen dituen gai bat hautatu dut. Batetik, gure berezko erakunde publikoak, testu honetan Bizkaiko Diputazioak ordezkatuta, aztertuiko dugun une historikoan agintaritza gorena baitzen. Bestetik, euskara¹, aurretik aipatu dugun erakunde horrek egin eta bizkaitar guztiei zuzenduta dagoen testu idatzi batean agertzen dena. Azken finean, gure berezko erakunde juridikoak eta euskara Javierri gehien interesatzen zitzaizkion gaie-tako bi ziren, eta, beraz, artikulua honetan bildu nahi izan ditugu.

Artikulu honek, gainera, artikularen egileak eta Zuzenbidearen Euskal Akademiako beste kide batzuek euskarak XIX. mendean Bizkaiko erakunde publikoetan zuen presentziari buruz egindako ikerketa osatzen du. Lan horren emaitza izan zen 2003an argitaratutako lana, *Bizkaiko Batzar Nagusiak eta euskera: 1833-1877. Euskarazko testuen bilduma eta azterketa*². 2004an, Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkari honetan,

¹ Javierrek euskara ikasteko zuen interesaz gain, gogoan izan behar dugu Nazario Oleagaren semea zela. Nazario legelaria izan zen (baita semeak eta ilobak ere), eta euskararen sustatzailea (esaterako, Euskaltzaindiaren idazkaria gerraostean; ikusi *Bidegileak* izeneko bildumaren 34. zenbakiko karpeta, legelari euskaldunei eskainia, Andres Urrutiak prestatua 2004. urtean).

² Andres Urrutia (zuz.), Alberto Atxabal, Cesar Gallastegi, Eba Gaminde, Gotzon Lobera, Aitziber Urkiza eta Esther Urrutia: *Bizkaiko Batzar Nagusiak eta euskera: 1833-1877. Euskarazko testuen bilduma eta azterketa*, Bizkaiko Batzar Nagusiak, Bilbo, 2003. Liburu hori argitaratu aurreko ikerketa lana Deustuko Unibertsitateko Euskal Gaien Institutuan egin zen, Bizkaiko Batzar Nagusien babespean.

«Presencia histórica del euskera en las Juntas Generales de Bizkaia»³ izeneko artikulua argitaratu genuen, lehen aipatutako liburuaren edukiaren laburpena.

Lan horietan gerra karlistaren hasieraren eta Gernikako Bizkaiko Legebiltzarraren amaierara arteko berrogei urteak aztertzen ziren. Urte horietan, euskarak bizitza publikoan zuen egoera asko hobetu zen. Laburbilduz, Batzarren bilkuretan euskararen erabilera esanbidez arautzeaz gain, euskaraz idatzitako testuak agertu ziren Batzar Nagusien aktetan txertatuta. Jarraian aurkezten dugun testua geroago kokatzen da, Bizkaian foruak abolitu ziren etaparen hasieran hain zuzen.

2. DIPUTAZIO PROBINTZIALAREN 1877KO MEZUA: TESTUINGURUA ETA ESANAHIA

Testuaren esanahia ulertzeko, bigarren gerra karlistaren amaieran kokatu behar gara. Alderdi liberalak garaipena lortu zuen, eta oraingoan ez zen itunik egon. Horrela iritsi zen 1876ko uztailaren 21eko legea, foruak abolitu zituena. Batzar Nagusiek legearen aurrean protesta egitea eta legea indargabetzea eskatzea adostu zuten. Bizkaiak erabaki zuen Diputazioak inola ere ez zuela lagundu behar legea aplikatzen. Gobernuak Euskal Herrian okupazio militarra zuen, eta presio handia egin zuen foruen defentsaren aurka.

Bizkaiak amorerik eman ez zuenez, Gobernuak 1877ko maiatzaren 5eko Dekretua eman zuen, Batzar Nagusiak eta Foru Diputazioa abolitzeko. Diputazioaren ordeztu, probintzia izaerako bitarteko aldundi bat ezarri zen, eta bertako kideak dekretu bidez izendatu ziren. Diputazio berri horrek, foru adjetiboa kenduta, bizkaitarrei zuzendutako mezu batekin hasi zuen ibilbidea, bere burua zuritu nahian.

³ GALLASTEGI, César: «Presencia histórica del euskera en las Juntas Generales de Bizkaia», *Boletín de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia*. Aldizkaria, Bilbo, 3-2004, 28-44 or.

Horrela kontatu zuten garai hartako prentsan⁴:

Ayer a las once de la mañana, según anunciamos, dio posesión el señor gobernador civil de la provincia del nuevo cargo de Diputación provincial a los señores cuya lista publicamos en nuestra número del domingo.

Al resignar sus puestos en virtud de dicho acto, los señores diputados segundos, en funciones de primeros don Benigno de Salazar y don Mario Adan de Yarza causaron la protesta consiguiente en nombre del país que les llamó a empuñar las riendas de su destino.

A su vez la nueva Diputación provincial creyó de alta conveniencia dar a Vizcaya un Manifiesto, explicando las poderosísimas razones que les han impuesto, en aras del suelo que con fervoroso delirio aman, el sacrificio de aceptar tan penoso cargo en las críticas circunstancias por que atravesamos.

Procuraremos adquirir dicho importante documento para facilitárselo a nuestros lectores.

Eta orrialde berean, aurrerago:

Ayer, al anochecer, se fijó en los sitios de costumbre el siguiente Manifiesto que la nueva Diputación provincial ha dirigido al tomar posesión de su cargo: [jarraian Diputazioaren mezuaren gatzelaniazko testua dator]

Egun batzuk geroago, hau irakur zitekeen⁵:

La alocución de la Diputación provincial de Vizcaya, conocida de nuestros lectores, se publicó en Durango el jueves último por el pregonero del pueblo, previos los toques del tambor municipal, según se acostumbra en los bandos del ayuntamiento de aquella villa.

⁴ *El Noticiero Bilbaino*, 1877ko maiatzaren 6a, 2. or.

⁵ *El Noticiero Bilbaino*, 1877ko maiatzaren 19a, 2. or.

3. TESTU ELEBIDUNAREN IRAGARPENA

Bizkaiko Diputazio Probintzialaren lehen bileran –1877ko maiatzaren 15ean egin zen–, kideek bizkaitarrei zuzendutako adierazpena idaztea erabaki zuten. Hain zuzen ere, artikulua honetan adierazpen horren euskarazko bertsioa aztertuko dugu. Korrejidorearen diskurtsoen eta XIX. mendeko gertaera handien aurrean bizkaitarrei zuzendutako beste hitzaldi batzuen itzulpenen oinordekoa da testua. Hau esaten da Diputazioaren aktetan⁶:

El Sr. Presidente D. Manuel de Gortazar indicó a la Diputación la conveniencia de que se hiciera saber al país las razones por las que habían los Diputados aceptado sus cargos y por unanimidad, se acordó la publicación del siguiente manifiesto que impreso en castellano y traducido al vascuence se hiciera circular por todos los pueblos de la provincia.

Esan beharrekoa da gaztelaniazko jatorrizko testua aktetan agertu zela –bai urte bereko jatorrizko eskuz idatzitako bertsioan⁷, bai 1893ko inprentako edizioan⁸–, kartel moduan inprimatu zela⁹ eta kopiatuta agertu zela prentsan (*El Noticiero Bilbaino* egunkariko adibidea aipatu dugu) eta garaiko lanetan (adibide bat ipintzearen, *La abolición de los fueros e instituciones vascongadas*, José María de Angulo y Hormazarena, 1886an argitaratua). Euskarazko bertsioa, berriz, ez dator aktetan.

4. EUSKARAZKO TESTUAREN AURKIKUNTZA

Esan bezala, Diputazio berriaren mezuaren euskarazko testua, aldiz, ez da aktetan agertzen –baina itzulpena iragartzen da, eta horregatik daki-

⁶ Akten liburuaren 6. eta 7. orrialdeak (Bizkaiko Foru Agiritegi Historikoa: Bizkaiko Administrazio Atala; Gobernua eta Eliza Kontuak azpiatala; AJ 490/1 signatura).

⁷ Bizkaiko Foru Agiritegi Historikoa: Bizkaiko Administrazio Atala, Gobernua eta Eliza Kontuak azpiatala, AJ 275/1 signatura.

⁸ Lehen esan bezala, Bizkaiko Foru Agiritegi Historikoa: Bizkaiko Administrazio atala; Gobernua eta Eliza Kontuak azpiatala, AJ 490/1 signatura.

⁹ Ikusi aurrerago xehetasun gehiago.

gu euskarazko testua dagoela (edo egon zitekeela)—, eta beste inon ez dugu irakurri testuari buruzko ezer. Euskarak XIX. mendean Bizkaiko erakundeetan zuen erabilerari buruzko ikerketa prestatu genuenean, testu hau ez zen agertu.

Hala ere, gerora egindako lanei esker, euskarazko testuaren berri izan dugu. Beraz, Diputazioaren agindua bete egin zen: testua itzuli, inprimatu eta herrietatik banatu zen. Hasteko, Euskaditik kanpo kokatutako artxibo bat aipatuko dugu, Artxibo Historiko Nazionalako Noblezia Atala, gaur egun Toledon kokatuta dagoena¹⁰. Ondoren, Bizkaiko Foru Agiritegira itzuliko gara, bertan baitaude bai Bizkaiari dagozkion funtsak, bai udalerrri batzuen funtsak.

a) Artxibo Historiko Nazionala: Noblezia Atala

Nobleziari buruzko artxiboa osatzen duten funtsen artean, Torrelaguna familiaren funtsak daude, hain zuzen, *Archivo de los Marqueses de Torrelaguna* izenarekin. Bertan Bizkaiari dagozkion hainbat eta hainbat dokumentu daude, horietako asko XIX. mendekoak. Bada, horien artean, Diputazioaren mezu elebiduna dugu¹¹.

b) Bizkaiko Foru Agiritegi Historikoa: Bizkaiari dagozkion funtsak

Bizkaiko funtsetan bi erreferentzia aipatu behar ditugu (aurretik aipatutako Diputazioaren aktez gain, eskuzkoak¹² nahiz inprimatutakoak¹³):

¹⁰ Espainiako Artxibo Historiko Nazionalaren atal bat da, baina Madrilgo egoitzatik kanpo kokatuta dago.

¹¹ Signatura: Torrelaguna, C. 29 D. 16 (hau da, 29. kutxa, 16. dokumentua). Beste kontu bat da zergatik dauden horrenbeste euskal dokumentu bertan. Kartelak gaur egungo DIN A3 baten neurriak ditu (erdaraz zein euskaraz).

¹² Lehen esan bezala, Bizkaiko Foru Agiritegi Historikoa: Bizkaiko Administrazio atala, Gobernu eta Eliza Kontuak azpiatala, AJ 275/1 signatura.

¹³ Aurretik adierazi bezala, Bizkaiko Foru Agiritegi Historikoa: Bizkaiko Administrazio atala, Gobernu eta Eliza Kontuak azpiatala, AJ 490/1 signatura.

Batetik, espediente bat¹⁴ aipatuko dugu; bertan, bi agiri agertzen dira. Bata, bizkaitarrentzako mezua kartel formatuan eta erdaraz hutsez. Bestea, mezuarekin batera Diputazio Probintzialak udalei igorritako ofizioa, mezua zabaltzea eskatuz. Ofizioak Diputazio Probintzialaren bileraren eta mezuaren data bera du, hau da, 1877ko maiatzaren hamabosta. Honela dio:

Esta Diputacion provincial interina, remite á V. adjuntos dos ejemplares de la alocución que ha acordado dirigir al País, á fin de que uno de ellos se sirva fijar en el sitio público de costumbre, y lleguen á noticia de todos los habitantes de esa localidad los sentimientos en que la misma Diputación se inspira.

Bestetik, Diputazioak Bizkaiko udalerrietara bidalitako agirien bilduma bat¹⁵ aipatu behar dugu. Kasu honetan, lerro batzuk gorago aipatu diren bi dokumentuak agertzen dira (hau da, kartela gaztelaniaz eta ofizioa), baina hemen euskarazko kartela agertzen da.

c) Bizkaiko Foru Agiritegi Historikoa: udal agiritegiak

Udal funtsei dagokienez, logikoa da pentsatzea horietakoren batean Diputaziotik jasotako euskarazko testua egon daitekeela. Eta hala da. Esaterako, Turtziozko udal agiritegian¹⁶, –Bilbon itxita dagoen udal agiritegietakoa batean–, euskarazko kartela dago; ia-ia miraria da, berrerabiltzeko edo birziklatzeko paper moduan erabiltzera bideratuta baitzegoen: euskarazko agiriak beste gai batzuei buruzko ohar eta apunteak ditu gaztelaniaz.

Beraz, dakigunez, administrazioaren esparruan euskaraz idatzitako testuak historian ez dira asko. Baina hemen berriro ere ikusten da ohikoa dela euskarazko testuak erabili diren kasuak ez ezagutzea, gaztelaniazko testuarekin alderatuta bigarren mailan baitzeuden. Hori dela eta, ohikoa zen euskarazko bertsioak ez artxibatzea.

¹⁴ Bizkaiko Foru Agiritegi Historikoa: Bizkaiko Administrazio atala, Gobernua eta Eliza Kontuak azpiatala, AJ 1653/61 signatura.

¹⁵ Bizkaiko Foru Agiritegi Historikoa: Bizkaiko Administrazio atala, Gobernua eta Eliza Kontuak azpiatala, AJ 1619/273 signatura.

¹⁶ Bizkaiko Foru Agiritegi Historikoa: Udal atala, funtsa: Trucios-Turtzioz Udalaren Agiritegia, 36/67 signatura.

5. TESTUAREN TRANSKRIPZIOA

Jarraian gaztelaniazko testua eta euskarazko bertsioa jasoko ditugu. Transkripzioa egiteko orduan ez dugu ezer aldatu: jatorrizko kartelean euskazko testua datorren moduan kopiatu dugu (erdarazkoa, berriz, eguneratu dugu). Horrenbestez, akats batzuk antzematen dira. Begi-bistako akats horiek ez ditugu zuzendu: erdarazko testua aldamenen izanda erkaketa egitea erraza da. Kontuan hartu behar da Aldundiaren mezua egun batetik bestera aurkeztu eta banatu zela; beraz, ez zegoen asti larregirik argitaratu beharrekoa zuzendu eta lan txukuna egiteko¹⁷. Estiloari dagokionez, bi testuak nahiko parekoak dira –euskarazkoa pixka bat luzeagoa¹⁸–, hirugarren lerrokadan izan ezik, hor euskaratzaileak erdarazko testuaren erretolika laburtzen du eta. Bestela, euskarazkoak oro har erdarazkoaren doinua eta tankera mantentzen ditu.

¹⁷ Akats gehienak inprentan bertan sortuko ziren ziur asko (eta ez idazlearen eskutik, jakina), izan ere, inprentetan ez zen ohikoa euskarazko lanak argitaratzea.

¹⁸ Adibide modura, erdarazko bertsioan –azken lerrokadaren hasierako esaldian– esaten da: «En otro caso, volveremos a la vida privada, satisfechos de haber hecho el esfuerzo de que seamos capaces»; euskarazkoan, berriz, nabarmen luzeago: «Alan ez paliz, jaritzen ezpadoguz, viurtuco gara gueure echetara, gueugan eguana eguiñ izan guendualaco satisfacinoz onagaz, ta biotzian erru edo orbanic bague». Dena den, itzulpen lanaren balorazio xehatua ez dugu egingo.

Vizcaínos;

El deber de consagrarse al servicio y a la defensa de los altos intereses del país vascongado es más estrecho e indeclinable que nunca en los momentos críticos de la desgracia. Ese deber toma entonces el carácter de absoluta necesidad y su incumplimiento podría significar el menosprecio y el abandono de lo que más profundamente aman nuestros corazones.

Llamados a constituir la Diputación provincial en este período, el más triste, el más difícil y peligroso que acaso registre la gloriosa historia de Vizcaya, hemos vacilado un instante, al pensar que por causas de todos conocidas, acaban de desaparecer las instituciones especiales del país; pero en seguida se han presentado a nuestra vista las consecuencias inmediatas e inevitables de tan lamentable suceso, si abandonásemos a manos extrañas la gestión de los intereses de Vizcaya, y lo irreparable de esta desventura, si con ánimo sereno, no procurásemos disminuir sus funestas consecuencias, ya que no sea dado evitarlas enteramente.

VIZCAYTARRAC:

Euskalherrijaren interes edo oneraric jasuenac gordeteco, eguiñ biar dirian aleguiñac dira, dudatzaca, iñoz baño estu ta ichi esin laiquesanac adu char edo desgracijaco une edo momentuetan. Orduan, obligaciñoz edo eguiquzunac biurtzen dira derrigorrecuac, ta nai eta naiezcuac; eta ez cumpliu edo ez betetiac, adieratzoten emon leique gure biotzac gueijen maite dituzan gauzac, despreciau edo albo batera ichi ta bastertuten diriala.

Zuen Diputaciñoed edo aguintari arduratsuc izatera, deitu deuzque era onetan, menturaz Vizcayco historijac edo jasoerac cembatuten ez dituzen aiñ illun, aiñ gach ta aiñ charretan; cer eguiñ ez daquigula egon gara une batsuetan, gogoraturic, guztijoc daquizuen lez, aldendu edo quenduric gueratu diriala gure Baster maitiaren izatea berarizco, jaubetazun ta Foruac. Baña; Ecingüan aguertu dira gure beguijen aurrian, guertaera negargarizco onetatic etorri leiquezan ondamendi ta calte icaragarrijac, baldiñ Vizcayco ondasunen gobernu edo zucenbidia, et gaur erremedijan esin leiquezan desgracija edo zorichar onec, ichico baguenduz erbestecuen escu ta menpian, eta aleguiñ guztijac eguiñ бага ariñdu ta guichituteco edolabere ijequeta eragotu ez guelditu esin guiñajan guztijacozoro.

Todo esto que en resumen viene a formar nuestro convencimiento de que podemos evitar graves males al país vizcaíno, y además la consoladora esperanza de conseguir positivas ventajas fruto de nuestros esfuerzos, nos ha obligado a hacer, en aras de Vizcaya el sacrificio de ocupar estos difíciles puestos, teniendo por norma de patriótica conducta que el bien y la salvación de Vizcaya debe ser, en cada momento, el único criterio con que han de fijarse las ideas y determinarse los actos de sus buenos hijos.

Algunos de nosotros hemos intervenido en los asuntos del país, y nuestros antecedentes son la mejor garantía de nuestros propósitos: dentro del régimen foral y en momentos históricos determinados, hemos dado al país leales consejos, encaminados a la defensa de sus derechos, que ha sido y será siempre nuestra aspiración más ardiente y más inquebrantable. Con ella venimos a formar parte de esta Corporación y podéis estar firmemente seguros de que cualesquiera que sean los medios que las circunstancias pongan en nuestra mano, el fin, a que siempre se encamina nuestra constante voluntad, no será jamás otro que la salvación de los intereses y derechos del país vascongado.

Todos hemos ocupado este puesto unidos en esta suprema aspiración. Al aceptarle, seguimos el consejo unáni-

Pensauric Vizcayja aldeudu ta librau guñajela gach ta calte ascotatic, artudituguz cargu ta cereguñ astun onec, bere onera ta mesederaco uste ozuan, eta euquiric goguan Vizcayco seme lejjac guztijen arduraric andijena izan biar dabela, bera gordeta salvetia.

Gure lagunetic batsuec Vizcayjaren gobernu edo zucen-vidian lenago bere ezagunac dira, ta gure obra ta eguitadiac dira gure asmo ta gogo onaren señaie ciur ta aguirijac, eta gure Foruac oñian aurquitzen zirian artian, era jaquiñian emon izan deutzaguz Vizcayjari, eurac gordeteco conseguric lejjalenac ta laguntasunic zintzuenac, zeñ izan dau, ta izango dau gure gurari ta arduraric andijeña. Asmo garvi onecaz batu gara Provincija onetaco Diputacñoia formau edo eguiteco; eta egon zinaitequez ciur ta seguru, dirianac diriala gure escuetara etorri leiquezan era ta neurri guztijac, zuzenduac izango diriala Vizcayjaren onerata equitazunac dalvau edo gueuganautera.

Guztijoc bada artu dogu carga astun au, gucoi bizcarraren gañian, asmo santu onegaz. Onetaraco, jarraitu

me de las personas mas autorizadas, e imitamos el ejemplo de los más distinguidos vascongados que, en azarosos instantes, no negaron a Vizcaya el sacrificio de todo lo que pudiera privarla de sus relevantes servicios.

Como ellos venimos a servir, en esta aciaga crisis, los intereses de Vizcaya, y no a otra cosa alguna. Si se realizan nuestras esperanzas ofreceremos a nuestro querido País algunas ventajas, por fruto de nuestro empeño. En otro caso, volveremos a la vida privada, satisfechos de haber hecho el esfuerzo de que seamos capaces. Cualquiera que sea el éxito que la Providencia depare a nuestros designios, no ha de negarnos esta noble tierra el justo reconocimiento de la intención salvadora que nos dirige.

Bilbao, 15 de mayo de 1877.
El presidente, Manuel María de Gortázar.
El vicepresidente, Eduardo Coste y Vildósola.
Comisión permanente [...]

deutsagu gizon argui ta jaquintsuen, baita bere Vizcaytar onen ta sanuen conceju ta ejamplari zeinzuec, arturic gue lez cargu astun au, oraiñlaco dempora estu ta larrijetan, es eben atserapenic euqui, ez aleguiñic eguiñ baric ichi, edoceiñ sacrificijo edo euren indar guztijac ipiñteco Vizcajibaren gordetasun ta provechuan.

Eurac lez gatoz gic bere, aldogun guztija eguitera; gatoz, dempora triste ta estu onetan, Vizcayco interes edo jaubetasunac al bait onduen, zaindu, gorde, ta escuratutera; eta ez iño-lazbere beste gauza gaitic. Gure ustiac, ta icharopen onec baldiñ bete tu ozotuco balitiaquez, esquiñico deusaguz orduan gure Vizcay argui ta matiari, gueure aleguiñen ta izerdijen frutua lez, obari edo ventaja batsuec. Alan ez paliz, jaritzen ezpadoguz, viurtuco gara gueure echetara, gueugan eguana eguiñ izan guendualaco satisfacinoz onagaz, ta biotzian erru edo orbanic bague. Dan moduan dala, Jaungoicuaeren Providencia edo Gurasotasunac emon dozcuñ suertia ta adua, ez dogu uste ucatu dozcula Lur noble ta argui onec, cargu onec artuteco euquititugun asmo on ta gogo zintzuaeren ezaguera justu edo zuzena.

Bilbon Maizaren 15 1877 garren urtian.
Presidentia, Manuel Maria de Gortázar.
Vice-Presidentia, Eduardo Coste ta Vildósola. Comisiñoē Egunerocua. [...]

La atribución voluntaria de ganancialidad en el régimen económico matrimonial de comunicación foral de bienes

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOIA

Profesora titular de Derecho Procesal
de la Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor titular de Derecho Civil
de la Universidad de Deusto

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.- II. EL ARTÍCULO 1.355 DEL CÓDIGO CIVIL. 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. REQUISITOS DE LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD EX ARTÍCULO 1.355 DEL CÓDIGO CIVIL. 2.1. REQUISITOS SUBJETIVOS. 2.2. REQUISITOS OBJETIVOS. 2.2.1. ADQUISICIÓN DE UN BIEN. 2.2.2. A TÍTULO ONEROSO. 2.2.3. INDIFERENCIA DEL ORIGEN DEL PRECIO O CONTRAPRESTACIÓN Y FORMA Y PLAZOS EN QUE SE SATISFAGA. 2.3. REQUISITOS CIRCUNSTANCIALES. 2.3.1. REQUISITOS FORMALES DEL ACUERDO DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD. 2.3.2. ESPECIAL REFERENCIA AL MOMENTO EN EL QUE PUEDA CELEBRARSE EL ACUERDO. EL NEGOCIO DE APORTACIÓN COMO INSTRUMENTO DE ALTERACIÓN DE LA CALIFICACIÓN INICIALMENTE PRIVATIVA DE UN BIEN. III. APLICACIÓN DEL ACUERDO DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD AL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN FORAL DE BIENES.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La Ley 11/1981 de 13 de mayo introdujo importantes modificaciones en la normativa del Código civil (en adelante C.c.) dedicada a la filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, dentro de la tendencia general de adecuación al principio de igualdad que, de acuerdo con los imperativos constitucionales, ha de regir la situación de los cónyuges en el matrimonio. En este sentido, se produce a su vez un reforzamiento de la libertad de los consortes para autorregular sus intereses económicos dentro del matrimonio, en la línea ya iniciada por la Ley de 2 de mayo de 1975. Al principio de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales constante matrimonio instaurado por esta Ley, se añaden en la reforma de 1981, por un lado, el artículo 1.323 C.c., que establece un principio totalmente permisivo de la contratación entre cónyuges, y, por otro, el artículo 1.355 C.c. que, en sede de la sociedad de gananciales, eleva la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la condición de fuente de ganancialidad de los bienes conyugales.

En el presente trabajo, abordaremos los requisitos necesarios para que entre en juego la atribución de ganancialidad prevista en el artículo 1.355 C.c., sus diferencias con el llamado negocio de aportación de bienes a la sociedad conyugal, y la posible aplicación de ambos al régimen de comunicación foral, analizando las ventajas fiscales del negocio de aportación frente al resto de negocios dispositivos que son posibles al amparo del artículo 1.323 del Código civil.

II. EL ARTÍCULO 1.355 DEL CÓDIGO CIVIL

Consideraciones generales

Sigue el Código civil, en los artículos 1.346 y 1.361, al determinar qué bienes tienen la consideración de privativos y cuáles la de gananciales, un método eminentemente casuístico y, si bien en la actual regulación siguen vigentes los principios tradicionales de clasificación de los bienes conyugales, todos ellos se encuentran en cierta medida debilitados, debido al importante margen que deja a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, en cuanto a la determinación de la naturaleza de los bienes, desplazando en ocasiones los criterios legales establecidos. En efecto, frente a aquellos preceptos en los que se contempla lo que se podría denominar un criterio objetivo de ganancialidad, recoge el Código civil un criterio subjetivo¹, al regular, en el párrafo primero del artículo

¹ GORDILLO CAÑAS distingue ambos criterios en un intento de sistematización del pasivo de la sociedad de gananciales. Entiende en este sentido el autor que la ley parte de dos criterios diferentes de ganancialidad pasiva: el intrínseco u objetivo (art. 1.362) y el subjetivo o voluntario (ganancialidad *ex voluntate*, art. 1.363 y 1.367). Señala que en estos casos que acabamos de citar la “responsabilidad se proyecta... sobre los bienes gananciales, no por la naturaleza o fin de la deuda, sino por voluntad de los cónyuges...que resultará del común acuerdo o de la actuación conjunta de uno de los cónyuges con el consentimiento expreso del otro”, estableciendo así un paralelismo entre los artículos 1363 y 1.367 y el artículo 1.355 señalando que, “si en el último se admite la posibilidad de una ganancialidad activa voluntaria; los primeros pueden entenderse como la expresión

1.355, la posibilidad de que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyan la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Añade el párrafo segundo que “si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes”. La *ratio* del artículo 1.355 C.c. es el *favor iuris* hacia la masa ganancial² afirmación que, si bien discutible en cuanto al párrafo primero, no deja a lugar a dudas si se interpreta conjuntamente este párrafo con el establecido en segundo lugar.

de una ganancialidad pasiva voluntaria; tan ganancial como puede serlo la objetiva o intrínseca: no sólo por tanto, provisionalmente y *ad extra*, sino definitivamente y *ad intra*.” (Vid. GORDILLO CAÑAS, A., “El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización”, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1988, pp. 353, 356 y 358). En este sentido, MARTÍN MELÉNDEZ señala, refiriéndose al artículo 1.355 C.c., que “estamos ante la elevación de la voluntad concorde de los cónyuges a la categoría de fuente de ganancialidad”. (MARTÍN MELÉNDEZ, M^a T., *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1995, p. 385). Vid. igualmente GARRIDO CERDÁ, E., “La reforma de la sociedad de gananciales”, *R.D.N.*, núm. 112, 1981, p. 376.

²GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 83; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y régimen económico*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1987, p. 236; MONTÉS PENADÉS, V.L., en AA.VV., *Derecho de Familia*, 3^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 214; POVEDA BERNAL, M.I., “Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la Sociedad de Gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su inordinación en nuestro sistema contractual”, *R.C.D.I.*, núm. 640, 1997, pp. 826 y 827, nota núm. 102 y p. 836. Para LASARTE ÁLVAREZ, igualmente, “la supremacía o *vis atractiva* de los bienes gananciales se pone también de manifiesto al considerar la llamada atribución de ganancialidad, regulada en el artículo 1.355”. (LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo VI, Trivium, Madrid, 1997, p. 212).

2. REQUISITOS DE LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD EX ARTÍCULO 1.355 DEL CÓDIGO CIVIL

2.1. *Requisitos subjetivos*

La atribución de ganancialidad prevista en el precepto citado exige la existencia de un acuerdo de los cónyuges dirigido a determinar el *status* jurídico-patrimonial del bien que va a ingresar en la sociedad conyugal, atribuyéndole carácter ganancial³. La exigencia del común acuerdo ha de ir referida únicamente a la atribución de ganancialidad y no a que ambos cónyuges hayan de concluir el negocio con el transmitente⁴. Por

³POVEDA BERNAL, M.I., “Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la sociedad de gananciales...”, *op. cit.*, p. 825. Hay que tener en cuenta, tal como pone de manifiesto la autora, que los cónyuges atribuyen a los bienes la condición de “gananciales”, supuesto distinto a aquel en el que los cónyuges acuerden que el bien ingrese en la sociedad conyugal como común no ganancial, es decir, compartiendo la titularidad mediante cuotas indivisas. En este caso, como señala GAVIDIA SÁNCHEZ, estaríamos ante un contrato traslativo entre cónyuges, siempre que reuniese los requisitos de forma y capacidad exigidos en cada caso, y por lo tanto, fuera del ámbito del art. 1.355 C.c. (*Vid.* GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, pp. 95 y 96).

⁴Así lo interpretan igualmente RIBERA PONT, C., “La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código civil”, núm. 559, nov.-dic., 1983, 2., p. 1.422; GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, pág. 108; GIMÉNEZ DUART, T., “Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, *R.C.D.I.*, núm. 548, 1982, 1, p. 121; FERNÁNDEZ VILLA, J., “El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al art. 1.369 C.c.”, *A.D.C.*, XLVI, 1, 1993, p. 693; GARRIDO DE PALMA, V.M., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, C. y VÉLEZ BUENO, J., *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil*, Reus, Madrid, 1985, p. 134; SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., “Negocios jurídicos entre cónyuges”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores*, CGPJ, Madrid, marzo, 1995, p. 137; MARTÍN MELÉNDEZ, M^a T., *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, *op. cit.*, p. 387; SERRA DOMÍNGUEZ, A., *La compraventa a plazos de un bien ganancial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 52.

RAMS ALBESA, por el contrario, considera necesaria “la participación de ambos cónyuges en el negocio adquisitivo al que se adiciona un negocio de comunicación...”. (*Vid.* RAMS ALBESA, J., “La subrogación real en la sociedad de gananciales”, *R.D.N.*, 1984/3, pp. 322-323). ÁVILA ÁLVAREZ en este sentido entiende que el artículo 1.355 sienta una regla general de libertad de los cónyuges para de común acuerdo atribuir la condición

tanto, el negocio en sí podrá ser concluido por uno solo de los cónyuges, pero ambos deberán manifestar su voluntad de atribuir carácter ganancial al bien adquirido.

Por otro lado, la declaración de voluntad a favor de la ganancialidad ha de ser, en el supuesto del artículo 1.355.1º C.c., expresa, en contraposición a la atribución presunta contemplada en el párrafo segundo del mismo precepto⁵, sin que sea necesario que los cónyuges manifiesten su voluntad de forma simultánea, siendo suficiente que uno de ellos realice la aseveración y el otro otorgue posteriormente su consentimiento a favor de la ganancialización, siempre y cuando el consentimiento posterior se otorgue en un momento anterior o simultáneo al de la adquisición del bien.

2.2. *Requisitos objetivos*

2.2.1. Adquisición de un bien

El acuerdo previsto en el artículo 1.355 C.c. sólo puede llevarse a cabo con motivo de la adquisición de un bien, sin que exista obstáculo alguno para admitir su validez también en la hipótesis de la adquisición de un bien privativo de uno de los cónyuges por su consorte⁶, siempre que el acuerdo tenga lugar en un momento anterior o coetáneo al de la adquisición y ésta sea a título oneroso.

de gananciales a los bienes que adquieran interviniendo ambos. (ÁVILA ÁLVAREZ, P., “El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil”, *R.C.D.I.*, 1981, p. 1.398). En el mismo sentido de considerar aplicable este artículo en los casos de adquisición de un bien por ambos cónyuges se manifiesta LÓPEZ LIZ, J., “Adquisición, administración y disposición de bienes inmuebles en la sociedad conyugal”, *R.J.C.*, LXXXVIII, 1989, p. 598; BLANQUER UBEROS, R., “Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge”, *R.D.N.*, julio-dic., núms. 113-114, 1981, p. 25, nota núm. 13.

⁵DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La Sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad”, *A.D.C.*, XXXIX, 1, 1986, p. 368.

⁶A favor de la aplicabilidad del artículo 1.355 C.c. a las adquisiciones onerosas entre cónyuges, aun en caso de permuta, se manifiestan OLIVARES JAMES, J.Mª, “Los contratos tras-

2.2.2. A título oneroso

Mediante el requisito de la onerosidad de la adquisición el legislador parece dejar fuera del ámbito del artículo 1.355 C.c. la posibilidad de atribuir carácter ganancial a las adquisiciones que tienen lugar a título gratuito⁷. Sin embargo, en mi opinión, habría que diferenciar dos supuestos posibles⁸. En primer lugar, aquél en el que el donante o testador

lativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1.324 del Código civil”, *A.A.M.N.*, XXV, pp. 302 y 303; ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., “La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial”, en *Libro Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, vol. I, Consejo del Notariado, Madrid, 1988, p. 249; TORRES GARCÍA, T.F., *Diez años de aplicación de la reforma de los regímenes económico matrimoniales (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid, 1991, p. 24.

Contrario a la posible aplicación del artículo 1.355 a tales adquisiciones es CASTILLO TAMARIT, por entender, en contra de lo que se expone en el texto, que dicho artículo se refiere a adquisiciones *conjuntas* de los cónyuges (la cursiva es nuestra). (*Vid.* CASTILLO TAMARIT, V.J., “Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales”, *R.D.N.*, núms.121-122, p. 29). Excluye igualmente la aplicación de este artículo POVEDA BERNAL, M.I., “Consideraciones en torno al llamado “Negocio jurídico de aportación” a la Sociedad de Gananciales...”, *op. cit.*, p. 826. GAVIDIA SÁNCHEZ se inclina más por la postura negativa, entendiendo, desde una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 1.355 C.c., que el precepto está pensando en adquisiciones realizadas con un tercero, si bien reconoce que “la posibilidad de que sean objeto de atribución voluntaria de ganancialidad bienes adquiridos por uno de los cónyuges de su consorte debe quedar abierta, pues al menos formalmente, encaja en el supuesto de hecho del artículo 1.355,1 del Código civil”. (*Vid.* GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, pp. 111-113).

⁷ *Vid.* en este sentido CHICO Y ORTIZ, J.M^a, “La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma”, *R.C.D.I.*, núm. 614, 1993, p. 226; GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, pp. 113 y 114; CASTILLO TAMARIT, V.J., “Aspectos parciales de la reforma del Código civil...”, *op. cit.*, p. 21; MARTÍNEZ SANHIZ, J.A., “Casos dudosos de bienes privativos y gananciales”, *A.A.M.N.*, XXVI, 1985, p. 400; POVEDA BERNAL, M.I., “Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la sociedad de gananciales...”, *op. cit.*, p. 826; OLIVARES JAMES, J.M^a, “Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...”, *op. cit.*, p. 311; Serrano Alonso, E., *La liquidación de la sociedad de gananciales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, p. 40.

⁸ *Vid.* igualmente GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, p. 113.

realiza la liberalidad únicamente a favor de uno de los cónyuges. En este caso, el bien recibido será privativo, en virtud del artículo 1.346.2º C.c., sin que sea posible, a mi juicio, que el otro cónyuge pueda constituirse en donatario o legatario⁹. En segundo lugar, aquél en el que los adquirentes a título gratuito lo sean ambos cónyuges. Esta hipótesis tampoco encajaría dentro del ámbito del artículo 1.355 C.c., siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.353 C.c.¹⁰.

2.2.3. Indiferencia del origen del precio o contraprestación y de la forma y plazos en que se satisfaga

A) *Indiferencia del origen del precio o contraprestación*

El precio o contraprestación puede ser privativo o ganancial, ya sea probadamente, ya sea de forma presunta. Cuando el precio o contraprestación tenga carácter privativo, el acuerdo de ganancialidad va a suponer una modificación de la naturaleza que le correspondería al bien por aplicación del principio de subrogación real, de manera que dicho bien, en lugar de ingresar en la masa privativa del cónyuge aportante de los fondos, pasará a engrosar el patrimonio ganancial. En estos supuestos, por aplicación del artículo 1.358 C.c., nacerá a favor del cón-

⁹Lo que sí cabrá, en virtud del artículo 995 del Código civil, es que en caso de aceptación de la herencia sin beneficio de inventario, por persona casada, el otro cónyuge preste su consentimiento a la aceptación comprometiendo de esta manera los bienes comunes a falta de otros privativos del heredero, al pago de las deudas relictas, sin perjuicio de las compensaciones correspondientes al tiempo de la liquidación. (*Vid.* GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Comentario al artículo 995 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XIV, vol. 1, Artículos 988 a 1034, EDESA, Madrid, 1989, pp. 156-158).

¹⁰CHICO Y ORTIZ, considera igualmente que “en los casos de donaciones y sucesiones conjuntas, tampoco puede aplicarse el artículo 1.355 del Código civil, ya que se “entienden gananciales” ex artículo 1.353 del Código Civil”. (CHICO Y ORTIZ, J.Mª, “La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones...”, *op. cit.*, p. 226). En el mismo sentido se pronuncia POVEDA BERNAL, M.I., “Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la sociedad de gananciales...”, *op. cit.*, p. 826.

yuge aportante de los fondos o contraprestación un derecho de reembolso contra la sociedad de gananciales, como mecanismo equilibrador de las masas patrimoniales que coexisten durante la vigencia de la misma¹¹, sin perjuicio de la posibilidad de renunciar al mismo.

En cualquier caso, la atribución voluntaria de ganancialidad no es exclusivamente un mecanismo dirigido, en su caso, a exceptuar el juego del principio de subrogación real, sino que puede servir también para derogar la aplicación de otros principios de determinación de la naturaleza privativa de los bienes conyugales, evitando los cónyuges la aplicación de aquellas reglas especiales del activo que reconducen el bien, aun adquirido con fondos comunes, al patrimonio privativo de uno de los cónyuges (arts. 1.346. 4º, 7º y 8º, 1.352, 1.359 C.c.).

B) Indiferencia de la forma y plazos en que se satisfaga

El acuerdo previsto en el artículo 1.355 C.C. cabe no sólo en las compras al contado, sino también en aquellos casos en los que el precio queda aplazado, alterando la regla prevista en el 1.356 C.c., con la atribución del carácter ganancial al bien adquirido con independencia de la naturaleza privativa del primer desembolso. Por otro lado, este acuerdo puede utilizarse igualmente para reforzar la presunción de ganancialidad del

¹¹ *Vid.* en este sentido, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, p. 140; MARTÍN MELÉNDEZ, Mª T., *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, *op. cit.*, p. 387; BENAVENTE MOREDA, P., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1994”, *C.C.J.C.*, núm. 36, 1994, p. 574. En la misma línea, MARTÍN OSANTE señala que “será de aplicación el principio de que las masas patrimoniales deben mantener su integridad a lo largo del matrimonio, por lo que salvo que se declare la existencia expresa de una donación, procederá el reembolso a favor de las masas correspondientes”. (MARTÍN OSANTE, L.C., *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social/Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 263).

bien adquirido con precio totalmente aplazado, mediante la atribución de dicho carácter en el momento de la adquisición.

2.3. *Requisitos circunstanciales*

2.3.1. Requisitos formales del acuerdo de atribución de ganancialidad

Cabría cuestionarse si el pacto que analizamos debe constar en capitulaciones matrimoniales. Entiendo que la respuesta ha de ser negativa¹² puesto que el cambio de la naturaleza que le correspondería a un concreto bien que había de ser privativo, no supone una modificación del régimen legal¹³. No se están alterando las normas que rigen la sociedad de gananciales, sino que la autonomía de la voluntad funciona como fuente de ganancialidad, expresamente prevista por el Código civil, precisamente en el ámbito del régimen legal, que continuará rigiendo en los mismos términos que hasta ese momento. Sin embargo, si se quiere que el acuerdo tenga eficacia frente a terceros, deberá constar en documento público o privado, reconocido legalmente¹⁴.

2.3.2. Especial referencia al momento en el que puede celebrarse el acuerdo. El negocio de aportación como instrumento de alteración de la calificación inicialmente privativa de un bien

El artículo 1.355 C.c. parece ligar el pacto de atribución de ganancialidad al acto adquisitivo del bien. Sin embargo, en relación con este punto, la doctrina se halla igualmente dividida, defendiendo un grupo importante de autores la posibilidad de que la misma se produzca en un momento

¹²*Vid.* en este sentido, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, págs. 122-123; LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, vol. I, 3ª ed., *op. cit.*, p. 403.

¹³*Vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La autonomía de la voluntad...”, *op. cit.*, p. 117.

¹⁴*Vid.* GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

posterior¹⁵. Para admitirlo se basan fundamentalmente en el principio de libertad de contratación ya que, en definitiva, entienden estos autores, al amparo de este principio, se podría llegar a idénticos resultados.

Frente a esta opinión, otro sector doctrinal, únicamente admite la atribución coetánea o, en todo caso, anterior a la adquisición¹⁶. Para defen-

¹⁵ Vid. en este sentido fundamentalmente, GARRIDO DE PALMA, V.M., *Derecho de la familia*, op. cit., p. 64; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La Sociedad de gananciales...”, op. cit., pág. 370; MARTÍNEZ SANCHIZ, “Casos dudosos...”, op. cit., p. 400; GIMÉNEZ DUART, “Los bienes privativos y gananciales...”, op. cit., p. 121; GARRIDO DE PALMA, V.M., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, C. y VÉLEZ BUENO, J., *La disolución de la sociedad conyugal...*, op. cit., p. 133; BLANQUER UBEROS, R., “Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge”, *R.D.N.*, julio-diciembre, núms. 113-114, 1981, p. 25, nota núm. 13; MAGARIÑOS BLANCO, V., “Ley 20/89 de modificación del I.R.P.F. y la sociedad de gananciales”, *A.C.*, núm. 43, nov. 1989, núm. 970, p. 3.361; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La autonomía de la voluntad en el actual derecho de familia”, separata del *B.I.C.N.G.*, mayo, 1986, p. 122, nota núm. 243; GARRIDO CERDÁ, E., *Los gananciales: teoría general. Los negocios para la alteración del carácter privativo o ganancial de los bienes*, Cuadernos Notariales, núm. 8, 2ª ed., Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1998, p. 35. CADARSO PALAU quien estima aplicable el artículo 1.355 a la adquisición onerosa de acciones y participaciones sociales, ya sea en vía constitutiva, sea con posterioridad. Cree igualmente de aplicación dicha regla al supuesto de adquisición de nuevos títulos en virtud del derecho de suscripción preferente que otorga la titularidad de otros privativos, por entender que, en este caso, la regla del artículo 1352, que estima dispositivo, cede ante el acuerdo voluntario del art. 1.355 C.c. (CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 68-69); LACRUZ BERDEJO, quien al referirse al artículo 1.355 señala que, a su juicio, “es posible, por acuerdo de los cónyuges, conferir el carácter de bien ganancial a uno que ya era propio de uno de ellos, a reserva o no de reembolsar su importe al cónyuge aportante, presumiéndose lo primero”. (LACRUZ BERDEJO, J.L., Sancho Rebullida, F. de A., LUNA SERRANO, A., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, p. 403).

¹⁶ RIBERA PONT, Mª. C., “La atribución de ganancialidad...”, op. cit., pp. 1423 y ss; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *Curso de Derecho de Familia*, op. cit., p. 237; GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, op. cit., pp. 119-122; OLIVARES JAMES, J.Mª, “Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...”, op. cit., pp. 311 y 312; MARTÍN MELÉNDEZ, Mª T., *La liquidación de la sociedad de gananciales...* op. cit., p. 388; CASTILLO TAMARIT, V.J., “Aspectos parciales de la reforma del Código civil...”, op. cit., pp. 22-24; POVEDA BERNAL, M.I., “Consideraciones en torno al llamado “negocio de aportación” a la sociedad de gananciales...”, op. cit., pp. 837 y ss.

der esta posición alegan fundamentalmente, entre otros argumentos, el tenor literal del precepto que, como ya se ha señalado, parece hacer referencia al momento de la adquisición, y su carácter excepcional, que origina que deba ser interpretado de forma restrictiva. Sostienen, en este sentido, estos autores que, cuando se pretende transformar lo inicialmente adquirido con carácter privativo en ganancial, es necesario formalizar una transmisión por vía ordinaria del patrimonio ganancial al privativo.

Entiendo que ésta es la postura correcta, puesto que la conclusión contraria debe conducir al entendimiento de que la facultad prevista por el artículo 1.355 C.c. es una mera reiteración en el régimen de la sociedad de gananciales de la posibilidad prevista, con carácter general, en el artículo 1.323 del mismo Cuerpo legal, de transmisión de bienes y derechos entre cónyuges, por cualquier título. Por el contrario, no se trata, a

Esta es la tesis igualmente de MONTÉS para quien “si el pacto es anterior, el bien entra directamente en el patrimonio ganancial, sin perjuicio del derecho de reembolso ex art. 1.358 C.c. Se adquiere “para la sociedad de gananciales”, sea cual fuera la causa de la adquisición en la relación con el tercero. Diríamos que se presenta en el tráfico como una modalidad de la adquisición, embebida en su causa traslativa”. Pero, continúa señalando el mencionado autor, “si el negocio es posterior, debe tener causa suficiente para producir la transmisión desde el patrimonio ganancial”. (*Vid.* MONTÉS PENADÉS, V.L., en AA.VV., *Derecho de Familia*, *op.cit.*, pp. 213-214). DE LOS MOZOS parece inclinarse por esta opinión cuando señala, como requisito del acuerdo la necesidad de que conste en el título de adquisición. Sin embargo, más adelante, matiza su postura ya que, tras negar que la función práctica del precepto sea la de servir para cambiar la calificación de un bien anteriormente adquirido, dice, “creo que esto es perfectamente posible cuando se quiera atribuir carácter ganancial a un bien que ya exista entre los del matrimonio, pero para ello hará falta la manifestación expresa del común acuerdo de los cónyuges”. (DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J.L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XVIII, vol. 2, *op.cit.*, p. 188, nota núm. 6). GARCÍA SERRANO, por su parte, considera que el artículo 1.355 del Código civil es de aplicación cuando se trata del ingreso de un determinado bien en el patrimonio de los esposos, de manera que para los ya existentes sólo cabría la vía del artículo 1.323 C.c. Sin embargo, introduce la posibilidad de aplicarlo en el supuesto del artículo 1.359 C.c. por entender que es “en cierto sentido intermedio pues se trata de un bien que preexiste pero que experimenta un plusvalor” que nuevamente es adquirido con fondos comunes”. (*Vid.* GARCÍA SERRANO, E., “Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...”, *op.cit.*, pp. 264 y ss.).

mi juicio, de una aplicación para un supuesto concreto de este último precepto, y por tanto, considero que no se produce en virtud del acuerdo previsto en el artículo 1.355 C.c. un desplazamiento entre las masas patrimoniales, sino que estaríamos ante un ingreso *ab initio* del bien adquirido en la masa patrimonial predeterminada por los cónyuges, con independencia de la que le correspondería en virtud de los criterios legales objetivos de determinación de la naturaleza de los bienes conyugales. Eleva así el precepto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la consideración de fuente de ganancialidad del mismo rango o al mismo nivel que las establecidas en el artículo 1.347 y concordantes del Código civil y, siguiendo la pauta general que inspira el resto de los criterios legales, resulta más acertado entender que la finalidad, al igual que en todos aquellos casos en que ello es posible, es la de determinar el carácter del bien *ab initio*. Por tanto, como conclusión de lo expuesto hasta ahora, lo que este precepto contempla, a nuestro juicio es una posible atribución voluntaria *inicial* de ganancialidad.

Desde esta perspectiva, considero que si los cónyuges desean alterar la naturaleza inicialmente privativa de un bien, lo cual es posible al amparo del artículo 1.323 C.c., deberán recurrir a un negocio dispositivo que, en mi opinión, puede ser perfectamente el llamado negocio de aportación de un bien a la sociedad de gananciales¹⁷ negocio, en este caso sí, traslativo, ya que provoca un desplazamiento patrimonial de un bien o grupo de ellos, del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio autónomo ganancial. Es un negocio bilateral, actuando el cónyu-

¹⁷ Cfr. RRDGRN de 10 de marzo de 1989; de 14 de abril de 1989; de 7 de octubre de 1992; de 26 de octubre de 1992; de 11 de junio de 1993; de 28 de mayo de 1996; 15 y 30 de diciembre de 1999; 8 de mayo de 2000; 21 de julio de 2001; 17 de abril de 2002; 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, 22 de junio de 2006, 6 de junio de 2007, 29 y 31 de marzo de 2010 y 22 de noviembre de 2010; 26 de julio de 2011 y 18 de septiembre de 2012, entre otras. *Vid.* con más extensión, sobre el negocio de aportación de un bien a la sociedad de gananciales y las distintas vías de atribución de ganancialidad, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Dykinson, Madrid, 2002.

ge no aportante como órgano de adquisición de la sociedad de gananciales por carecer ésta de personalidad jurídica, siendo cada vez más las voces que consideran que este tipo de negocios tienen la finalidad de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, y por ello están trascendidos por la relación jurídica básica —la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial. Se trata de sujetar el bien al peculiar régimen de afección propio de los bienes gananciales. Cabe entender, señala en este sentido la RDGRN de 22 de junio de 2006, que “el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio o otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad).

Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada *causa* matrimonial¹⁸, de la que, históricamente pueden encontrarse algunas manifestaciones como la admisión de las donaciones « *propter nuptias* » de un consorte al otro —a pesar de la prohibición general de donaciones entre cónyuges—, o la antigua dote. Y es que, aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa que justifica la atribución patrimonial en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales¹⁹ debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales

¹⁸ *Vid.* en este sentido, PEREÑA VICENTE, M., “El negocio de atribución de la sociedad de gananciales”, *Diario La Ley*, núm. 6944, 13 de mayo de 2008, Ref. D-149 (LA LEY 16243/2008). De la misma autora se puede consultar “El negocio de aportación a la sociedad de gananciales en la doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado”, en <http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/5865/1/articulo%20boletin.pdf>

¹⁹ Cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993, según la cual “Siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tratamiento es el de los onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa”.

derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio. En ambos casos se trata de convenciones que participan de la misma *iusta causa traditionis*, justificativa del desplazamiento patrimonial *ad sustinenda oneri matrimonii*. Sin embargo, a pesar de que la DGRN parece abogar por la existencia de una *causa matrimonii*, como un tercer género distinto y autónomo de la causa onerosa o gratuita, en el párrafo siguiente de la misma resolución acaba subsumiendo la causa de la atribución en una de las categorías tradicionales, onerosa o gratuita, negando que la *causa matrimonii* tenga sustantividad propia. Señala, en este sentido, que “Puede concluirse, por todo ello (aunque no sea necesario para decidir la cuestión planteada en este recurso) que, pudiendo tener carácter oneroso o gratuito, puede presumirse —en último término, mediante la aplicación de los principios que sirven de fundamento a la norma del artículo 1358 del Código Civil—, salvo pacto en contrario, el desplazamiento patrimonial derivado de la convención de ganancialidad dará lugar al reembolso previsto en dicho precepto, que no es causa de la atribución o aportación, sino consecuencia de la misma, exigible al menos en el momento de la liquidación, y que no es propiamente precio”. Por eso, como dice la propia DGRN en esta resolución, es fundamental atender a las manifestaciones de los otorgantes y a la valoración conjunta de la operación realizada, para entender cuál sea la finalidad perseguida en el caso concreto, teniendo siempre presente que en estos casos la causa onerosa o gratuita no puede identificarse plenamente con la de los negocios típicos, al entremezclarse relaciones personales y patrimoniales, pero sin que ello justifique que no deba existir causa, la cual podrá deducirse del contenido del título y sobre la que gravitará la presunción favorable al derecho de reembolso previsto (artículo 1.358 CC).

En definitiva, la expresión de *causa matrimonii* sin más, y sin otras justificaciones que resulten del negocio documentado, puede resultar insuficiente para servir de fundamento al desplazamiento patrimonial pretendido y, por consiguiente, a su inscripción en el Registro. Por ello, es conveniente que la escritura consigne con la mayor precisión y claridad po-

sible cuál es la finalidad e intención de los otorgantes, para que no quede lugar a duda sobre la causa del desplazamiento. Y así, la causa será onerosa cuando la atribución dé lugar a un derecho de reembolso, mientras que, en otro caso, será gratuita u onerosa según los casos.

La gratuidad u onerosidad del negocio de aportación, tiene, además, importantes repercusiones de índole fiscal. En este sentido, en los casos en los que estemos ante un negocio oneroso, la ventaja del negocio de aportación de un bien a la sociedad de gananciales, frente al resto de los negocios jurídicos típicos que implican un desplazamiento del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al ganancial, radica, y ésta es, en mi opinión, la razón de ser del interés que ha despertado esta figura²⁰, en que le es aplicable la exención prevista en el artículo 45, I b) 3 del Texto Refundido de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, y en el artículo 88 I.B).3 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, a cuyo tenor “están exentas las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan los cónyuges en pago de su haber de gananciales”.

Efectivamente, si bien la Administración Tributaria fue reacia al inicio a la aplicación de la exención a los supuestos referidos²¹, se puede consi-

²⁰ Así lo pone de manifiesto igualmente TORNEL GARCÍA señalando que “en los últimos años ha sido ésta una figura jurídica que ha sido muy aplicada en la práctica, entre otras razones por gozar de un tratamiento fiscal que se suponía benigno”. (TORNEL GARCÍA, A., “Notas prácticas. A) Tratamiento fiscal de las aportaciones de inmuebles a la sociedad de gananciales. Otro punto de vista”, *B. C. N. R.*, núm. 308, 1994, p. 267). LOBATO constata igualmente la circunstancia de que la posibilidad de obtener una exención fiscal opera como motivo primordial de los intentos en relación con la admisibilidad del negocio de aportación. (LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., “La aportación de un bien a la Sociedad conyugal”, *op. cit.*, p. 69).

²¹ *Vid.* GONZÁLEZ-ROSELL LÓPEZ, A., “Notas prácticas. Tratamiento fiscal de las aportaciones de inmuebles a la sociedad de gananciales. Consulta a la Subdirección General de

derar que la cuestión quedó zanjada a favor de la tesis positiva con la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001 (rec. 8857/1999), favorable a la aplicación de la exención a las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, especificando que ello “se refiere a todos los actos en virtud de los cuales cada cónyuge adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherentes al régimen económico conyugal”²², criterio que ha sido adoptado por la Dirección General de Tributos, como se refleja en las contestaciones a las Consultas nº 0091-03 de 24 de enero de 2003 y 0095-03, de 28 de enero de 2003 y de 9 de enero de 2004. Conforme a la doctrina actual de la DGT, las aportaciones de bienes o derechos a la sociedad de gananciales pueden ser de dos clases: gratuitas, que son aquellas que no conllevan contraprestación alguna, y onerosas, que son las que dan lugar a cualquier tipo de contraprestación, tanto simultáneamente a la aportación, como mediante el nacimiento a favor del aportante de un derecho de crédito contra

Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos sobre tratamiento fiscal de las aportaciones de bienes inmuebles a la sociedad conyugal de gananciales”, *B.C.R.P.*, año XXVI, núm. 302, jul.-ago., 1993, págs. 1.763 y ss.; DELGADO RAMOS, J., “Tratamiento fiscal de los desplazamientos patrimoniales...”, *op. cit.*, p. 1.101).

²² En el mismo sentido, la STSJ de la Rioja de 3 de noviembre de 2000 mantiene la aplicabilidad de la exención al negocio de aportación de bienes a su sociedad conyugal verificado por uno de los cónyuges con la aceptación del otro, “sin que, dadas la contundente claridad del precepto, así como la fecha de la disposición normativa que lo contiene (1993), deba entenderse referida la exención exclusivamente a los supuestos de aportación de determinadas categorías de bienes, como los dotales y parafernales de la mujer, que ya perdieron vigencia con la modificación introducida en el régimen económico del matrimonio del Código civil por la Ley de 13 de mayo de 1981”. Por lo demás, añade, “debe rechazarse, (...) la interpretación puramente histórica de la exención de referencia, pues también el espíritu y finalidad de la norma que la establece puede verse en la intención del legislador que, siguiendo el principio rector del artículo 39.1 de la Constitución Española, puede pretender el aseguramiento de la protección de la familia, dando un trato fiscal beneficioso a los bienes que se aportan a la sociedad de gananciales, cuyo fin principal es hacer frente al sostenimiento de la familia, así como a la alimentación y educación de los hijos comunes si los hubiere”.

la sociedad de gananciales, exigible en el momento de la disolución de dicha sociedad. También es posible que una aportación de bienes o derechos a la sociedad conyugal participe de ambas naturalezas, en cuyo caso se aplicará a cada una de ellas la fiscalidad que le corresponda.

El tratamiento tributario de ambas transacciones es distinto, según su naturaleza sea gratuita u onerosa. Así, la donación de bienes a la sociedad de gananciales es una operación sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin que la normativa de dicho tributo recoja bonificación alguna para este tipo de donaciones. En caso de aportación onerosa, por el contrario, como ya se ha expuesto, será aplicable la exención del ITP y AJD, siempre que se trate de “verdaderos actos de aportación al régimen económico matrimonial”, es decir, con la calidad de afección a todos los efectos económico matrimoniales, quedando, en definitiva, fuera el supuesto en el que se produce una aportación del patrimonio de uno de los cónyuges al privativo del otro. En este sentido, en la consulta de la DGT VO604-05, de 11 de abril de 2005, se vincula, en último término la exención, a “que exista una “*affectio societatis*”, una intención de formar una sociedad –en este caso, una sociedad de gananciales– y de hacer comunes los bienes y sus frutos”.

III. APLICACIÓN DEL ACUERDO DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD AL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN FORAL DE BIENES

En principio, el artículo 1.355 del Código civil sólo es aplicable al régimen de la sociedad de gananciales o, en todo caso, a un régimen de comunidad relativa, en el que sea posible diferenciar la existencia de tres masas patrimoniales; la común y las privativas de ambos cónyuges, por lo que inicialmente podríamos considerar su inaplicabilidad al régimen de comunicación foral previsto por la Ley 3/1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco, en el que “se hacen comunes, por mitad entre marido y mujer,

todos los bienes muebles o raíces, de la procedencia que sea, pertenecientes a uno u otra, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio, y sea cual fuere el lugar en que radiquen” (art. 95 Ley 3/1992).

Ahora bien, tal como señala MARTÍN OSANTE²³, la comunidad formada desde el momento de producirse el matrimonio no funciona de manera indiferenciada, sino que, cabe contemplar diferentes situaciones:

a) Consolidación. Si el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, con descendencia común, la comunidad tendrá carácter universal, es decir, todos los bienes de los cónyuges, ya sean adquiridos a título oneroso, ya sean adquiridos a título gratuito, se integrarán en la comunidad y se dividirán por mitad entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto.

b) No consolidación. En cambio, si se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, pero no quedan hijos del matrimonio, o si la disolución se produce por sentencia de separación, nulidad o divorcio o, por último, por modificación pactada del régimen económico matrimonial, salvo que se haya previsto otra cosa, la comunidad se limitará a los bienes gananciales (o adquiridos a título oneroso), excluyéndose los bienes aportados al matrimonio y los recibidos a título gratuito.

Esta alternatividad, se proyecta, por tanto, hacia la fase de disolución y liquidación, pero también incide en la fase de vigencia del régimen puesto que se ha de posibilitar cualquiera de las dos modalidades de liquidación. Nos encontramos, en definitiva, ante un régimen de comunidad universal, que implica por tanto la formación de una masa común compuesta por todos los bienes de los cónyuges, pero que en función de

²³ MARTÍN OSANTE, L.C., *El régimen económico matrimonial en el Derecho foral vizcaíno*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 44 y ss.; MARTÍN OSANTE, L.C. y SEISDEDOS MUIÑO, A., “La troncalidad y el régimen económico del matrimonio”, en *Derechos Civiles de España*, Aranzadi, Madrid, 2000, p. 258.

las circunstancias del matrimonio puede convertirse en un sistema de comunidad particular o limitada y liquidarse teniendo en cuenta la procedencia de los bienes de los cónyuges. Por ello, aunque la comunidad a que da lugar el régimen de comunicación foral se integre por todos los bienes de los cónyuges, ello no supone la desaparición de toda distinción entre tales bienes a fin de que quede abierta la posible liquidación de la misma, tanto en el caso de la consolidación como en el de la no consolidación²⁴. Esta distinción de masas se refleja en lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley, en virtud del cual, “En la comunicación foral, la distinción entre bienes ganados y bienes procedentes de cada uno de los cónyuges se ajustará a las normas de la legislación civil general sobre bienes gananciales y bienes privativos”²⁵.

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, en la primera hipótesis –disolución por muerte con hijos o descendientes comunes–, teniendo en cuenta que éste es un régimen de comunidad universal carecería de utilidad práctica el recurso a la atribución voluntaria de ganancialidad prevista en el artículo 1.355 C.c., puesto que, en cualquier caso, todas las adquisiciones a las que dicho precepto sería aplicable serían, en virtud de dicho régimen foral, necesariamente comunes.

Por el contrario, en el segundo supuesto –disolución por fallecimiento sin descendiente comunes o por sentencia de separación, nulidad o divorcio–, las normas liquidatorias aplicables serían similares a las de la sociedad de gananciales, de manera que, en virtud del artículo 109.1º de la Ley 3/1992, pertenecerán a cada cónyuge los bienes de su procedencia o, por aplicación del principio de subrogación real, los que se hubiesen

²⁴ MONJE BALMASEDA, O., “El concurso de acreedores y el régimen económico matrimonial”, *RAP*, mayo-diciembre, 87-88, 2010, p. 846.

²⁵ Por tanto, aunque en el resto del articulado, no se emplea la denominación de bienes gananciales y bienes privativos, cabe hablar de equivalencia, ya que son privativos los bienes de un cónyuge (art. 109.3), los procedentes de cada cónyuge (art. 98.1) o de su procedencia (art. 100), sean muebles o raíces, troncales o no troncales. Son gananciales, lo ganados (arts. 98 y 102).

adquirido con ellos o con el importe de su venta²⁶. Por ello, en este caso sí tendría sentido la aplicación del artículo 1.355 C.c. y por lo tanto, cabría, a mi juicio, que los cónyuges casados bajo el régimen de comunicación foral, atribuyesen, en caso de adquisición de un bien a título oneroso con fondos de la procedencia de uno de ellos, carácter ganancial, para el caso de que la comunicación foral no llegase a consolidarse, en particular en los casos en los que no haya descendencia común. Como consecuencia de este acuerdo, en el momento de la liquidación, el cónyuge no adquirente tendrá derecho sobre el bien adquirido, sin perjuicio del derecho de reembolso que pudiera corresponder al cónyuge que hubiera aportado fondos propios para su adquisición.

Asimismo, será posible, al amparo del principio de libertad de contratación entre cónyuges, que éstos acuerden la modificación de la calificación, común o propia de un bien, en un momento posterior a la adquisición, siendo por tanto, posible la formalización del negocio de aportación de un bien a la sociedad conyugal, antes mencionado, que sólo tendrá plena virtualidad si la comunicación foral no se consolida. En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 5ª), en el Auto de 26 de abril de 2006²⁷. La sentencia de primera instancia declara la nulidad del que califica como negocio jurídico de aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales, por falta del requisito del adquirente, alegando que no existía sociedad de gananciales que ocupara la posición de destinatario de la transmisión, criterio éste que no comparte la Sala, que considera que “constante matrimonio, la comunicación foral funciona prácticamente como el régimen de gananciales, y durante el mismo serán aplicables las reglas que disciplinan la libertad de contratación entre cónyuges (arts. 1323 y 1355 C.c.) y en su virtud se

²⁶ Si la adquisición se hubiera hecho en parte con bienes de otra procedencia, pertenecerán en proindivisión a los titulares de tales bienes en proporción a su cuantía. Los bienes ganados se distribuirán por mitad entre ambos cónyuges (art. 109.2º Ley 3/1992).

²⁷ *Vid.* también Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 3ª, núm. 543/1999, de 10 de noviembre de 1999.

podrán realizar contratos y trasvases de la masa ganancial a la privativa y viceversa. Atribuciones que durante el matrimonio tendrán plena virtualidad y también a la disolución del régimen, si la comunicación foral de bienes no se consolida”.

Admitidas las aportaciones de bienes en el régimen de comunicación foral, resulta aplicable igualmente la exención fiscal, cuando se trate de aportaciones onerosas, contemplada actualmente en el artículo 58.3 de la Norma Foral 1/2011, de 24 de marzo, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados²⁸.

²⁸ *Vid.* Instrucción 4/2012, de 29 de marzo, de la Dirección General de Hacienda, por la que se establecen determinados criterios para la aplicación de la Norma Foral 1/2011, de 24 de marzo, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sus disposiciones de desarrollo. En Gipuzkoa, su Norma Foral 18/1987 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el ITP y AJD, en su Título IV, Capítulo I, en el artículo 41.B).3 recoge la exención en idénticos términos. En el Territorio Histórico de Álava, la encontramos en el artículo 69 de la Norma Foral 11/2003, de 31 de marzo, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, extendiéndose en todos los casos la exención en los mismos supuestos, cuando se trate de aportaciones, adjudicaciones y transmisiones que efectúen los miembros de la pareja de hecho constituida conforme a lo dispuesto en la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo.

Parejas de hecho, constitución y conflictos de leyes internos. reflexiones acerca de la sentencia del tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000)

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad Pública de Navarra

Cátedra Jean Monnet de la UE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRESUPUESTOS Y ANTECEDENTES. III. APRECIACIONES DE LA SENTENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 2.3 DE LA LEY FORAL 6/2000. SU INCONSTITUCIONALIDAD. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Sirvan estas breves y sencillas líneas sobre conflictos de leyes internos como un sentido homenaje a Javier Oleaga, jurista intensamente comprometido con el Derecho Vasco, por el que tanto trabajó con ilusión, entrega y desprendimiento.

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril de 2013¹, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad 5297-2000, ha abordado una multitud de aspectos de la Ley Foral del Parlamento de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables², y entre ellos el de la competencia para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes internos a la luz de la Constitución y respecto de esta concreta institución.

II. PRESUPUESTOS Y ANTECEDENTES

El artículo 2 de la Ley Foral 6/2000 define el concepto de pareja estable y en su párrafo 3º delimita su ámbito de aplicación diciendo:

«Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra».

¹ BOE de 23 de mayo de 2013.

² BON de 7 de julio de 2000.

Esta disposición es un ejemplo, entre otros muchos, de la notable imaginación de los legisladores autonómicos a la hora de dictar las normas para delimitar el ámbito de aplicación de sus respectivas leyes sobre parejas de hecho, pues las distintas normas autonómicas no sólo parten de definiciones diversas del concepto de pareja estable no casada y consagran importantes diferencias en cuanto a su contenido material, sino que además proponen soluciones muy distintas y variadas para determinar su ámbito de aplicación³.

El 6 de octubre de 2000, ochenta y tres diputados del Grupo Popular plantearon el recurso de inconstitucionalidad que ahora nos ocupa⁴. Impugnaron la totalidad de la Ley Foral alegando, entre otros extremos, que el mencionado artículo 2.3 de la misma no respetaba la competencia exclusiva que el artículo 149.1.8º de la Constitución confiere al Estado para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes. A este respecto sostenían que el precepto también infringía los artículos 2.2 y 43 de la LO-RAFNA, que reconoce la competencia estatal exclusiva en la citada materia. En apoyo de su tesis citaban alguna jurisprudencia constitucional a la que luego nos referiremos. Los recurrentes reconocían, como no podía ser de otro modo, que en nuestro sistema jurídico no se contiene ninguna norma específica para precisar la ley aplicable a las parejas de hecho, pero señalaban que el artículo 9.2 del Código Civil, que determina el ordenamiento que rige los efectos del matrimonio, establece unas soluciones notablemente distintas a las del precepto de la Ley Foral. Pero además

³ IRIARTE ÁNGEL, J. L., “Parejas de hecho, Constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad 228-2003”, en: PÉREZ VERA, E., RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J. (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, T. II, pp. 721 y ss. RUIZ FERREIRO, M. A., “Parejas de hecho y conflictos de leyes internos”, *Estudios de Deusto*, 2002, vol. 50/1, pp. 161 y ss. ABARCA JUNCO, P. “La legislación sobre parejas de hecho en el ordenamiento español. Problemas de derecho interregional”, en: PÉREZ VERA, E., RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J. (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, T. I, pp. 37 y ss.

⁴ BOE de 15 de noviembre de 2000.

añadían que la ausencia de norma de conflicto estatal no autorizaba al Parlamento de Navarra a invadir una competencia exclusiva del Estado, como según ellos hacía el artículo 2.3 de la Ley Foral. Esta tesis fue sustancialmente compartida por el Abogado del Estado.

La Letrada del Parlamento de Navarra se opuso a estas alegaciones y sostuvo que el precepto era plenamente compatible con el artículo 149.1.8 de la Constitución fundamentalmente por tres razones. La primera consistía en que el artículo 2.3 de la Ley Foral 6/2000 era idéntico al artículo 1 de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, que no había sido objeto de ningún recurso de inconstitucionalidad. En segundo lugar, se afirmaba que el precepto impugnado no suponía otra cosa que la aplicación de la norma a la pareja estable en la que uno de sus miembros tuviese la vecindad civil navarra, siempre que esto no vulnerase lo establecido en las normas estatales para resolver los conflictos de leyes; de esta manera, no se haría más que reiterar lo dispuesto en la Ley 16 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra y en el artículo 43 de la LORAFNA. Finalmente, se sostenía que el Código Civil no contemplaba ninguna norma para resolver los conflictos internos sobre parejas de hecho y en esta situación el silencio del legislador estatal no impedía a las Comunidades Autónomas legislar en el marco de sus competencias respecto del Derecho Civil Foral.

En paralelo a este recurso de inconstitucionalidad se planteó la cuestión de inconstitucionalidad 228-2003⁵ respecto del artículo 2.3 de la Ley Foral 6/2000 por presunta infracción del artículo 149.1.8^o de la Constitución. Se trataba de un litigio en el que se discutía la aplicación de la mencionada disposición en el caso de dos convivientes, el hombre de vecindad civil navarra y la mujer de vecindad civil común, residentes en Ágreda, provincia de Soria (Comunidad de Castilla y León)⁶. Con

⁵ BOE de 7 de abril de 2003.

⁶ Para un tratamiento pormenorizado de la cuestión de inconstitucionalidad: IRIARTE ÁNGEL, J. L., "Parejas de hecho, Constitución...", pp. 717 y ss.

posterioridad a la sentencia objeto de este trabajo, se ha declarado la extinción de la cuestión de inconstitucionalidad por desaparición sobrevenida de su objeto⁷.

III. APRECIACIONES DE LA SENTENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 2.3 DE LA LEY FORAL 6/2000. SU INCONSTITUCIONALIDAD

La sentencia analiza prácticamente la constitucionalidad de toda la Ley Foral 6/2000, de la que declara inconstitucionales un número importante de sus artículos. En el seno de la decisión se realiza un tratamiento específico y diferenciado del artículo 2.3, para terminar concluyendo que el mismo adolece de inconstitucionalidad. En este sentido, el Tribunal Constitucional comparte la tesis alegada por los recurrentes e incluso por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el Auto mediante el que planteó la cuestión de inconstitucionalidad 228-2003, aunque no existe una absoluta coincidencia en cuanto a los argumentos en los que se sustenta la posición.

El Tribunal Constitucional fundamenta la inconstitucionalidad del precepto en cuatro motivos. El primero, y posiblemente fundamental, es su larga y consolidada doctrina al respecto. Como dice la sentencia:

«... hemos de partir de nuestra consolidada doctrina, establecida ya en la STC 72/1983, de 29 de julio, FJ 6, la cual recoge, a su vez, lo dispuesto por la Constitución para los supuestos de conflictos de leyes y, en consecuencia, la competencia exclusiva reservada al Estado por el art. 149.1.8 de la misma en cuanto a las normas para resolver tales conflictos y, por tanto, la facultad de determinar cuál es la norma válida –estatal o autonómica– aplicable en cada caso. De acuerdo con ello en las SSTC 156/1993, de 6 de mayo, y 226/1993, de 8 de julio, determinamos que la reserva competencial a favor del Estado para dictar “normas para resolver los conflictos de leyes” ex art. 149.1.8. CE implicaba que se integra-

⁷ BOE de 16 de mayo de 2013.

Parejas de hecho, constitución y conflictos de leyes internos, reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000)

ba en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que llevan a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España. Así, en el FJ 3 de la primera de las citadas destacamos que “La Norma fundamental –siguiendo en esto el precedente del art. 15.1 de la Constitución republicana– optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el art. 149.1.8 a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida <<en todo caso>> a la legislación del Estado”. De este modo, como recalamos en la STC 226/1993, FJ 6, “es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aún, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas. Debe, por consiguiente, el Estado regular el modo de adquisición y régimen jurídico de la vecindad civil (que es criterio para la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral y punto de conexión para la determinación de la ley personal: arts. 14.1 y 16.1 del Código) y disponer, también, cuál sea la ley aplicable a las relaciones y actos jurídicos en que intervengan sujetos con vecindad civil diversa. Es del todo claro, por ello, que las normas estatales de Derecho civil interregional delimitarán el ámbito de aplicación personal de los varios ordenamientos civiles que coexisten en España, delimitación para la cual no ofrece la Constitución, ciertamente, pauta o criterio positivo alguno” ...».

Es decir, el Tribunal Constitucional confirma, una vez más, su muy reiterada doctrina en el sentido de que la competencia exclusiva, que el artículo 149.1.8 confiere al Estado para dictar “normas para resolver los conflictos de leyes”, se extiende a las disposiciones destinadas a solventar

los conflictos internos entre los distintos ordenamientos civiles que conviven en España y por consiguiente esta competencia está completamente vedada a las Comunidades Autónomas, que no pueden establecer normativas propias para la resolución de tales conflictos. De esta manera se pretende que el sistema sea único y uniforme. Esta postura tiene la consecuencia de que solo existe un sistema conflictual y de carácter estatal para abordar cualquier tipo de conflictos de leyes. La competencia exclusiva del Estado abarca también a la regulación y definición de los puntos de conexión y en consecuencia a la vecindad civil, como conexión que determina el sometimiento a cada uno de los ordenamientos civiles que coexisten en el Estado⁸.

Directamente vinculado con el anterior, la sentencia expone un segundo motivo en el sentido de que la competencia exclusiva del Estado se extiende a cualquier tipo de normas para resolver los conflictos de leyes, incluidas, por tanto, las normas unilaterales o de extensión. Así, se afirma:

«... la adopción de normas unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes, es, por tanto, una tarea que, en principio, resulta vedada a la actuación del legislador autonómico. Quiere ello decir que, en este caso, es al legislador foral a quien corresponde determinar el ámbito de aplicación de las normas que aprueba si bien tal labor no puede ser realizada al margen del principio de territorialidad que limita las normas autonómicas. El propio art. 43 LO-RAFNA expresa esta idea... pues enuncia un principio general –la eficacia territorial de todas las normas forales– y exceptiona del mismo, restringiendo de ese modo las previsiones relativas a la eficacia personal de las normas forales ... así como a lo específicamente dispuesto por el legislador estatal... Al definirse el ámbito de aplicación de la Ley Foral

⁸ Para un análisis más pormenorizado de esta jurisprudencia, su sentido, alcance y límites: IRIARTE ÁNGEL, J. L., “Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil”, *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Bilbao, 1999, pp. 39 y ss.

Parejas de hecho, constitución y conflictos de leyes internos, reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000)

6/2000 en función de la ley personal de uno de los miembros de la pareja estable se contiene así una norma de solución de conflicto con otras leyes (aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función del criterio de la vecindad civil foral de uno de los miembros de la pareja estable) que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8 CE ...».

En ocasiones se ha defendido que la competencia exclusiva que el artículo 149.1.8 de la Constitución confiere al Estado se refiere sólo a las normas de conflicto, por lo que las Comunidades Autónomas podrían dictar normas de extensión o normas materiales especiales para regular los conflictos de leyes internos. Como sostiene A. Borrás, "... en el momento de ejercer las propias competencias materiales es necesario simultáneamente delimitar el ámbito de aplicación de la norma, lo que se hará teniendo en cuenta la existencia de determinada vinculación con la Comunidad Autónoma. De esta forma, mediante una norma unilateral el legislador autonómico determina el ámbito espacial de aplicación de la norma. Pero en este caso, existe un límite derivado de la territorialidad de las normas autonómicas. De ahí que, ..., deba existir una <<vinculación razonable>> del supuesto con el territorio de la Comunidad Autónoma ..."⁹.

Sin embargo, la literalidad del artículo 149.1.8 de la Constitución no favorece la interpretación restrictiva en el sentido de entender que la competencia exclusiva del Estado para dictar las "normas para resolver los conflictos de leyes" se circunscribe a las normas de conflicto. Y la sentencia objeto de este trabajo no hace más que confirmar una reiterada doctrina constitucional previa en esta dirección. Así, el Profesor González Campos, después de algunas vacilaciones previas, sostuvo finalmente que

⁹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente", *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Bilbao, 1999, p. 83. Para un tratamiento más detallado de la cuestión: BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho Interregional español*, Barcelona, 1984, pp. 12-14.

dicha jurisprudencia “... excluye la posibilidad, defendida por la doctrina, de que las Comunidades Autónomas, tras la Constitución, pudieran delimitar unilateralmente el ámbito de aplicación de algunas instituciones de su Derecho civil propio, como habían hecho algunas Compilaciones”¹⁰. Además, el artículo 2.3 de la Ley Foral 6/2000 es una norma de extensión que utiliza un criterio personal –la vecindad civil navarra de al menos uno de los convivientes–, con la consecuencia de que puede proporcionar a la mencionada Ley Foral un efecto extraterritorial excesivo al propiciar su aplicación a supuestos que carezcan de “una vinculación razonable” con Navarra.

También a este respecto debemos recordar que la doctrina, al estudiar los artículos 1.1 y 20.2 de la Ley de parejas estables de Cataluña, después de calificar a dichos preceptos como normas de extensión, no puede dejar de destacar que lo habitual es que las normas autonómicas de extensión utilicen criterios territoriales, mientras que en los citados artículos, que inspiran directamente la solución de la Ley Foral 6/2000, se emplea sorprendentemente un criterio personal¹¹.

En tercer lugar, la sentencia rebate el alegato del Parlamento de Navarra de que el artículo 2.3 de la Ley Foral 6/2000 es una norma material de Derecho navarro que solo operaría después de que la norma estatal de conflicto hubiese reclamado la aplicación del propio ordenamiento de Navarra. En el plano teórico esta tesis se ha defendido afirmando respecto de los artículos 1.1 y 20.2 de la Ley catalana de parejas estables, “... Ante una relación jurídica heterogénea, una vez determinada como aplicable la ley

¹⁰ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Los conflictos internos en el sistema español de Derecho Internacional Privado”, en: ABARCA JUNCO, A. P. (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 4ª ed., Madrid, 2003, p. 100.

¹¹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Nuevas normas catalanas: El Código de Familia y la Ley de parejas de hecho”, *R.E.D.I.*, 1998-2, p. 311. En la misma línea: GINEBRA MOLINS, M. E., “Algunas notas sobre la referencia a la vecindad civil en los arts. 1.1 final y 20.2 de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, d unions estables de parella”, *Conflicto de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Bilbao, 1999, pp. 431-432.

catalana ... posteriormente, la propia ley catalana establece otro requisito para poder ser aplicada. A pesar de resultar designada como ley aplicable la catalana, resulta vetada esta aplicación, por imposición de la propia ley, si ninguno de los dos miembros de la pareja tiene vecindad civil catalana...”. Y más adelante se continúa diciendo que la misma Ley “... autorrestringe su ámbito de aplicación, exigiendo la vecindad civil catalana de por lo menos uno de los miembros de la pareja. La única virtualidad de los arts. 1.1 final y 20.2... es, por tanto, desde este punto de vista, restringir el ámbito de aplicación de esta ley, y no ampliarlo. En cambio, si la ley catalana es designada como aplicable y concurre, además la vecindad civil catalana de uno de los sujetos integrantes de la unión estable, la aplicación de la LUEP se impondrá a los dos miembros de la pareja”¹². Incluso podría añadirse, que al exigir además de la aplicación del Derecho navarro la vecindad civil navarra de uno de los convivientes se evita, o por lo menos se dificulta, que la Ley Foral 6/2000 se convierta en una “legislación de conveniencia” a la que pretendan acogerse parejas completamente ajenas a la misma, atraídas por las ventajas que proporciona¹³. También debemos recordar que esta tesis fue acogida por la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 12 de junio de 2002 en el litigio que dio lugar a la cuestión de inconstitucionalidad 228-2003¹⁴.

¹² GINEBRA MOLINS, M. E., “Algunas notas ...”, pp. 437-438.

¹³ GINEBRA MOLINS, M. E., “Algunas notas ...”, p. 432.

¹⁴ R. *Jurídica de Navarra*, 2002, n° 34, pp. 513-516. Se sostiene en la mencionada decisión lo siguiente:

“...Puede evitarse el planteamiento de la cuestión, interpretando el art. 2.3 como una norma material de Derecho navarro que operaría <<después>> de haber aplicado la oportuna norma estatal de conflicto: para encontrar el ordenamiento aplicable al caso, ha de recurrirse necesariamente a las normas de conflicto del Código Civil, al ser el legislador estatal el único competente para regular ese extremo (art. 149.1.8ª C.E.). Desde esta perspectiva, la norma de conflicto que ha de aplicarse, por evidente razón de analogía, es el art. 9.2 C.c. No hay, en efecto, entre las normas de conflicto del Código, ninguna otra que se ajuste a la situación de “pareja estable”, que además se plantea por el legislador como análoga al matrimonio (art. 1 L.F. 6/2000: “análoga relación de afectividad” a la matrimonial). En este caso, el artículo 9.2 C.c. lleva a considerar como ley de la unión estable a la de la <<residencia habitual común>>, que fue Agreda (Soria). De aquí que dicha unión estable no pueda regirse por el Derecho navarro, sino por el llamado Derecho civil común o general.

Sin embargo, la sentencia desecha esta tesis afirmando que

«... dicha interpretación, de no fácil compatibilidad con los parámetros de certeza y seguridad jurídica reclamados por nuestra doctrina en esta materia (STC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 2), es también contrariada por el imperativo e incondicionado tenor literal del precepto (“se aplicarán”)».

Ciertamente, la argumentación de la sentencia a este respecto es muy parca, aunque comprensible si la ponemos en relación con todo lo que en la misma, como ya hemos visto, se afirma anteriormente. Hay que coincidir con la decisión en que la literalidad del precepto no da lugar a admitir la tesis alegada por la representación del Parlamento de Navarra. Además, como ya hemos expuesto anteriormente, no es admisible desde la perspectiva constitucional que las Comunidades Autónomas puedan determinar mediante normas materiales el ámbito de aplicación de sus normas civiles¹⁵. A este respecto, conviene recordar que el artículo 43 de

Si por el contrario los convivientes hubieran tenido su <<residencia habitual común >> en Navarra, el propio artículo 9.2 C.c. llamaría a la aplicación del Derecho navarro, en concreto al artículo 2.3 de la L.F. 6/2000.

En este caso caben dos supuestos, siempre partiendo de esa <<residencia habitual común>> en el territorio foral: a) que uno o ambos convivientes tuviera la vecindad civil navarra. En tal caso se les reconocería la situación legal e institucional de <<pareja estable navarra>>, con los efectos de la citada L.F. 6/2000.

b) que ninguno de ellos tuviera vecindad civil navarra. En tal caso no se les consideraría <<pareja estable>> regida por la L.F. 6/2000, a efectos de esa Ley.

Así, ..., no cabe atribuir a la relación habida ente D. Miguel Julián C. M. y Dña. Teresa S. M. la consideración de <<pareja estable>> regida por la L.F. 6/2000; razón por la que procede acoger el recurso pues, aun cuando la Sala comparte con el Juez <<a quo>> el hecho de que de la prueba se deduce que aquéllos mantuvieron una convivencia análoga a la conyugal durante más de dos años, situación que permitiría considerar que constituían una pareja estable; al no ser posible entender el <<petitum>> de la demanda desligado de la aplicación de la referida Ley Foral, puesto que no es misión de los Tribunales declarar la existencia de una situación de mero hecho, sino de un determinado derecho o una concreta situación jurídica que se discute, procede desestimar la demanda”.

¹⁵ CARRILLO CARRILLO, B. L., “Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho Internacional Privado español”, en: CALVO CARAVACA, A. L., IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 448.

la LORAFNA establece que: “*Todas las facultades y competencias correspondientes a Navarra se entienden referidas a su propio territorio, sin perjuicio de la eficacia personal que, en los supuestos previstos en los Convenios para materias fiscales entre Navarra y el Estado o en la legislación estatal, puedan tener las normas dictadas por las Instituciones Forales*”. Por lo que Navarra en este aspecto no tiene un régimen especial, distinto o superior al de las demás Comunidades Autónomas. Finalmente, hay que tener presente que la admisión de la tesis ahora rebatida atentaría a la igualdad o paridad en la aplicación de todos los ordenamientos civiles que conviven en España, ya que implicaría en muchos casos una restricción de la aplicación del Derecho navarro, cuando de acuerdo con las normas generales del Estado sería el ordenamiento aplicable.

Finalmente, la sentencia rechaza el alegato de que no existiendo una regla estatal para determinar la ley aplicable a las uniones de hecho, si una Comunidad Autónoma dicta una norma al respecto no estaría infringiendo ninguna norma estatal. Sobre este punto la decisión sostiene que

«Tampoco la igualmente argumentada ausencia en la legislación estatal de regla específica al respecto autoriza al legislador foral para invadir una materia que, conforme a la Constitución y a la propia LORAFNA, se halla reservada al Estado pues ello sería contrario al orden constitucional de distribución de competencias y al carácter indisponible de las mismas pues es evidente que las competencias no decaen por el hecho de no haber sido ejercitadas».

No cabe más que compartir esta afirmación de la sentencia, puesto que el problema no se plantea por una vulneración de normas sino por una vulneración de competencias exclusivas del Estado, las cuales no decaen por el hecho de no ser ejercitadas. Como ya dijeron los recurrentes en el recurso de inconstitucionalidad, “*La ausencia de regla estatal específica de conflicto no autoriza, sin embargo, a la Comunidad Foral para invadir una materia reservada al Estado en virtud de su propio régimen foral*”. Además, la laguna legal, que indudablemente existe, puede ser cubierta por los Tribunales acudiendo a diversas técnicas. Como son: la aplicación analó-

gica del artículo 9.2 del Código Civil¹⁶, si entendemos que hay una identidad de razón entre la institución del matrimonio y la institución de la unión estable de pareja¹⁷. O también mediante el recurso a los principios generales del Derecho, entendidos como principios científicos o sistemáticos informadores del ordenamiento jurídico. Ciertamente, no es fácil, ni pacífico en la doctrina, decantar cuáles son estos principios en el concreto problema que ahora nos ocupa¹⁸. Pero parece razonable

¹⁶ Con carácter general sobre este artículo: IRIARTE ÁNGEL, J. L., “Conflictos internos de leyes en materia de regímenes económicos matrimoniales”, en: GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., RAJOY BREY, E., (coord.), *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones (Derecho común, foral y especial)*, Cizur Menor, 2008, T. I, pp. 588 y ss.

¹⁷ Desborda los límites de este trabajo debatir acerca de si la aplicación analógica de la regulación conflictual prevista para los efectos del matrimonio es una técnica adecuada para determinar la ley aplicable a la unión de hecho (sobre los términos del debate y su situación actual *vid.*: CARRILLO CARRILLO, B., “Ley aplicable ...”, pp. 413 y ss. Sobre la cuestión en general *vid.*: GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, *R.J. Notariado*, 1999-IV, pp. 199-355.). Pero conviene recordar que un importante sector de la doctrina ha señalado, aun introduciendo matices, que se trata de una solución sencilla, cuya aplicación es fácil para todos los implicados, tanto para las autoridades judiciales, como para los propios convivientes o para los terceros que se puedan ver afectados por la situación (*inter alios*: GAUTIER, P.Y., “Les couples internationaux de concubins”, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1991, pp. 530-531. GAUDEMET-TALLON, H., “La désunion du couple en Droit International Privé”, *R. des. C.*, 1991-I, pp. 172 y ss.). En este mismo orden de cosas debemos tener presente que varias de las Leyes autonómicas sobre parejas de hecho articulan una regulación material muy parecida al régimen legal del matrimonio. También, en la práctica se observa que los convivientes cuando tienen conflictos legales habitualmente piden a los Tribunales soluciones legales similares a las establecidas en el ordenamiento para el matrimonio. Finalmente, ya hemos visto que la Audiencia Provincial de Navarra en su sentencia de 12 de junio de 2002 recurrió al artículo 9.2 del Código Civil “*por evidente razón de analogía*”. De la misma manera, en el recurso de inconstitucionalidad 5297-2000, los recurrentes constatan la existencia de la laguna legal, pero a continuación afirman que “... los criterios del artículo 9.2 del Código Civil son perfectamente aplicables, por analogía, a la constitución de las parejas estables...”.

¹⁸ Para un examen más detallado de la función de los principios generales del Derecho como solución para determinar la ley aplicable a la existencia de la pareja de hecho, y las distintas teorías defendidas al respecto por la doctrina *vid.*: CARRILLO CARRILLO, B., “Ley aplicable ...”, pp. 422 y ss.

defender, aunque con todas las precauciones al respecto mientras no exista una eventual precisión por parte de los Tribunales, que la unión estable de pareja puede regirse en primer lugar por la autonomía de la voluntad, es decir, por la ley elegida por las partes, en su defecto por la ley de la nacionalidad común (en los conflictos internos vecindad civil común), y a falta de ésta, por la ley del lugar donde se inició la relación convivencial. Dejando abierta la puerta en este último supuesto a una posible incidencia del principio de proximidad, y por consiguiente a la aplicación de la ley que tenga los vínculos más estrechos con la relación.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El artículo 2.3 de la Ley Foral 6/2000 adolece además de una serie de problemas técnicos (inadecuación de las soluciones, escaso respeto al principio de proximidad, etc.) en los que la sentencia no entra, porque no es su función. Pero la decisión ha dejado palmariamente claro, como ya había adelantado la casi totalidad de la doctrina¹⁹, su inconstitucionalidad al suponer una intromisión en la competencia exclusiva del Estado para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes.

¹⁹ PÉREZ VERA, E., “Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español”, en: CALVO CARAVACA, A. L., IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 136-137. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho Interregional (y en el Derecho Internacional Privado)”, *R.E.D.I.*, 2001, p. 51. RUIZ FERREIRO, M. A., “Parejas de hecho ...”, p. 170. IRIARTE ÁNGEL, J. L. “Parejas de hecho, Constitución...”, p. 731.

El problema de la interacción entre las sucesiones y las donaciones con elemento internacional a la luz de la norma de conflicto

FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

Magistrado - Sala de lo Civil y Penal del TSJ del País Vasco

En primer lugar, quiero que sirvan estas líneas de homenaje a nuestro querido don Javier Oleaga Echevarría, miembro venerable de una estirpe de juristas que tanto ha aportado al Derecho de nuestra tierra y en nuestra tierra, y maestro para todos los que lo practicamos; con ellas no pretendo hacer un trabajo exhaustivo que queda fuera de mi alcance científico, sino una humilde contribución a su recuerdo, que probablemente plantee más dudas que las que resuelva.

Entrando en la materia, debemos recordar que de entre los diferentes modos de adquirir la propiedad a que se refiere el artículo 609 del Código civil la sucesión y la donación tienen la nota común de la gratuidad que las hace en cierto modo complementarias la una de la otra, de suerte que la donación puede convertirse en una sucesión anticipada, y, también, en una forma de vaciar las expectativas hereditarias de los legítimos; es por eso que el artículo 636 del Código –sistemáticamente ubicado dentro de la regulación de la donación– expresamente dice que “ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento” declarando a renglón seguido como inoficiosa la donación en todo lo que exceda de esta medida. Es decir, que el Código partía de la preponderancia de la sucesión forzosa sobre la donación como negocio sin limitaciones para las partes.

Sin embargo, la aplicación de esta regla se complicaba cuando en alguna de las transmisiones –fuese la sucesión o la donación– existía un elemento internacional que nos hacía acudir a la norma de conflicto.

Así, desde la entrada en vigor del Decreto 1836/1974, de 31 Mayo, por el que se aprueba el Texto articulado del Título Preliminar del Código civil, nos encontramos con las siguientes normas de conflicto:

- a) Por un lado las sucesiones se rigen por el artículo 9.8 del Código civil, del siguiente tenor literal: “La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuen-

tren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.”

- b) En relación con las donaciones, el artículo 10.7 del Código establece que “*se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante*”.

Estas normas de conflicto suponían por un lado que el legislador mantenía el criterio tradicional del Código de que la donación no es en Derecho español un contrato, al dotarla de una norma de conflicto propia distinta de la regulada para estos en el artículo 10.5, a pesar de la complejidad doctrinal de la cuestión, y por otro, que, a salvo de los supuestos de conflicto móvil por cambio de nacionalidad entre el momento de la donación y el de la sucesión y las peculiaridades de los dos últimos párrafos del artículo 9.8, nos encontrábamos con que la norma de conflicto nos remitía en ambos supuestos a la misma ley, con lo que las soluciones eran en la mayor parte de los casos coordinadas. De esta forma la donación efectuada por un español estaba sujeta a la misma ley que su sucesión, por lo que el citado 636 reforzaba la posición jurídica de sus legitimarios.

Sin embargo, la entrada en vigor del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 supuso un cambio radical en esta materia, ya que si bien dejaba fuera de su ámbito las cuestiones sucesorias sí que incluía entre los contratos sujetos al mismo las donaciones; solución que se mantiene con el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales –el llamado “Roma I”–, que sustituye al anterior y sobre el que centraremos nuestros comentarios.

Aquí debemos recordar en primer lugar que el Reglamento se refiere, por su propia definición, a las donaciones contractuales, con lo que la

primera cuestión a tener en cuenta es que en el Código civil la donación no es un contrato, sino un modo de adquirir la propiedad. ¿Significa esto que, en aplicación del artículo 12.6 del Código civil los operadores jurídicos españoles no pueden recurrir a la norma de conflicto de “Roma I”? Pues, siguiendo la doctrina sobre la materia, especialmente bien explicada en la obra del profesor CARRASCOSA GONZÁLEZ que se cita en la bibliografía, debemos decir que no, que cabe la aplicación de las normas conflictuales derivadas de “Roma I” por los operadores jurídicos españoles en las llamadas donaciones contractuales.

Dicho esto, el siguiente punto a tener en cuenta es la norma de conflicto contenida en “Roma I” para las donaciones, que no es sino la general, por no existir regla especial aplicable; por tanto, la donación se registrá:

- En primer lugar, por la ley libremente elegida por las partes (art. 3.1); ley que debemos recordar, no tiene por qué tener relación con la donación en sí, es decir, no tiene que ser ni la del donante, ni la del donatario ni la del lugar en que se encuentre el bien objeto de donación.

En una operación eminentemente unilateral como es la donación, en la que el donatario se limita a aceptar se ha planteado por la doctrina si las partes pueden elegir una ley, concluyéndose que sí, al aceptar éste la donación con todas las condiciones impuestas por el donante.

- A falta de elección, en el caso de los bienes inmuebles se aplicará la ley del lugar en que se encuentran, en aplicación del artículo 4.1.c). En el resto de los bienes aplicará la norma del artículo 4.2, es decir la ley de la residencia habitual de la parte que realice la prestación característica del contrato, condición que razonablemente recaerá en el donante; residencia habitual que obviamente no tiene por qué coincidir con su ley nacional.

Estas normas de conflicto, que se descoordinan con las establecidas en el Código civil para las sucesiones nos plantean una interesante cuestión:

¿qué ocurre si se pacta la sumisión a una ley que no reconoce legítimas para una donación que supone una merma de éstas conforme a la Ley que rige la sucesión? ¿Puedo evitar de esta manera la aplicación del 636 del Código civil, que no nos olvidemos, se encuentra dentro de la regulación de la donación?

Una interpretación agresiva y contraria a las legítimas nos podía llevar a una respuesta positiva; así dando a la donación un carácter internacional, lo que es fácil simplemente transfiriendo los fondos a un país extranjero, podría defenderse la aplicación de Roma I, y el consiguiente sometimiento a una norma sustantiva que no reconozca las legítimas y que por tanto carezca de una regla análoga a la del 636.

Sin embargo, esta respuesta debe matizarse convenientemente; en primer lugar, porque como bien sabemos el artículo 7 del Código civil dice en su apartado primero que “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*” y en el segundo que “*La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo*”.

Adicionalmente el artículo 3 del Reglamento “Roma I” dedicado a la libertad de elección de ley aplicable al contrato introduce los siguientes matices en sus apartados 3 y 4:

“3. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.

4. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

Es decir, que el propio Reglamento matiza la libertad de elección de ley cuando considera una eventual aplicación “al límite” de la misma.

Y esto, como veremos, es importante. Por ejemplo ¿qué ocurriría si un residente en Bilbao dona a otro residente en Bilbao unos fondos depositados en Luxemburgo sometiendo la donación a la normativa inglesa, que –en principio– desconoce las legítimas? ¿Es suficiente el elemento internacional para justificar la aplicación de la norma de conflicto de Roma I? Porque está claro que nos encontramos ante la donación “contractual” de bienes depositados en el extranjero, con lo que en principio daría entrada a la norma de conflicto, y que la norma sustantiva que rijan la donación se superpondrá sobre la regla del 636, vaciándola de contenido, por lo que el donante podría evitar las legítimas que eventualmente gravasen su sucesión conforme a su ley personal.

¿Y si los fondos hacen un viaje de ida y vuelta a Bilbao en pocos meses? ¿Nos encontraríamos ante un supuesto de mala fe o abuso de derecho?

Creo que es difícil dar una respuesta apriorística, siendo determinante la realidad concreta de la operación; probablemente en el supuesto de los fondos de ida y vuelta debemos considerar nulo el sometimiento a una ley extranjera, porque la donación carece de un elemento internacional real –aquí podría entrar en juego la cláusula “anti elusión” del apartado 3 del artículo 3 de “Roma I”–; más complicado sería si nos encontramos ante un patrimonio que lleva tiempo en el extranjero o de un inmueble cuya donación se sometería a *lex rei sitae* a falta de elección expresa.

Adicionalmente, debemos recordar lo que dice el artículo 819 del Código civil, este sí, dedicado a las sucesiones –esto es, sometido a la norma de conflicto del 9.8– que dice:

“Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima.

Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad.

En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes”.

Por tanto, es igualmente defendible considerar que la donación hecha por un español y sometida a una normativa extranjera podría ser igualmente reducida en cuanto fuese inoficiosa, a tenor del mencionado precepto.

En todo caso nos encontramos ante una cuestión susceptible de interpretación y de una cierta complejidad; además el elemento internacional probablemente daría competencia a los Tribunales de otros países, lo que nos podría llevar incluso a un problema de “*fórum shopping*” y al peliagudo “principio de relatividad de soluciones”, sobre el que no nos extenderemos pero que puede dar lugar a resultados diversos e incluso contrapuestos.

La buena noticia es que la entrada en vigor del Reglamento (UE) N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (el vulgarmente –que no oficialmente– llamado “Roma IV”), tal y como veremos, nos soluciona esta cuestión para las sucesiones acaecidas a partir del 17 de agosto de 2015.

Porque su artículo 23, relativo al ámbito de la ley aplicable dice expresamente:

“1. La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión.

2. Dicha ley regirá, en particular:

(...)

h) la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición mortis causa, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos;

i) la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios, y ...”

Es decir, que expresamente reconoce como materia sucesoria todo lo relativo a la inoficiosidad, colación o reducción de donaciones, lo que hace que la ley que regule éstas sea irrelevante a estos efectos.

En conclusión, hay un período entre septiembre de 1993 y agosto de 2015 en el que las normas se encuentran descoordinadas, pudiendo surgir problemas interpretativos que a la fecha no han sido resueltas por nuestros Tribunales; a partir de esta última fecha no será posible burlar las legítimas por medio de una donación sometida a una ley distinta de la determinada por las normas de conflicto contenidas en “Roma IV”, ya que su artículo 22 es claro.

BIBLIOGRAFÍA

A.A.V.V. “*Comentario del Código Civil*” Editorial Bosch. Madrid 2006.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “*Derecho internacional privado*” 13ª Edición. Editorial Comares. Granada 2012

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “*Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones antes y después del Reglamento Roma I*” Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2009), Vol. 1, No 2, pp. 320-327.

IRIARTE ÁNGEL, José Luis, CASADO ABARQUERO, Marta y MUÑOZ FERNÁNDEZ, Alberto. “*Derecho internacional privado*” 11ª Edición. Colección Códigos Básicos. Editorial Aranzadi. Cizur Menor 2013.

PALAO ROMERO, Guillermo. “*Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*” Cuadernos Digitales de Formación. N° 40. CGPJ. 2010.

Encaje constitucional, estatutario y legal del concierto económico como actualización de los derechos históricos¹

SANTIAGO LARRAZABAL BASAÑEZ²

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto

Francisco Javier de Oleaga Echeverría,

*IN MEMORIAM*³

¹ El texto reproduce sustancialmente, con algunas modificaciones, el contenido de la conferencia que pronuncié con el título “Encaje constitucional y estatutario del Concierto Económico, como actualización de los derechos históricos”, en la primera jornada del 1er Seminario: “Concierto Económico, ayer, hoy y mañana”, celebrado en el Parlamento Vasco los días 27-29 de enero de 2014. En concreto, mi intervención tuvo lugar el día 27 de enero. Dado que este texto está dedicado a la memoria de Francisco Javier de Oleaga Echeverría, aparecerá recogido excepcionalmente en dos publicaciones distintas: tanto en el número monográfico de “Jado- Boletín de la Academia Vasca de Derecho”, dedicado a su memoria, como en la publicación del Parlamento Vasco que está previsto recoja las intervenciones que se produjeron en dicho Seminario.

² Santiago Larrazabal Basañez es Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, actualmente en excedencia, y es en su condición de docente y estudioso del Concierto Económico Vasco en la que pronunció esta conferencia.

³ El presente artículo, así como la conferencia de la que trae causa, están, como acabo de decir, dedicados a la memoria de Francisco Javier de Oleaga Echeverría, quien nos dejó el 19 de marzo de 2013. Javier Oleaga fue un hombre que amó profundamente el derecho vasco y, siendo como era un experto en nuestro derecho civil foral, siempre estuvo

SUMARIO: 1. BREVE CONCEPTO JURÍDICO DEL CONCIERTO ECONÓMICO. 2. EL CONCIERTO COMO DERECHO HISTÓRICO. 3. EL ENCAJE CONSTITUCIONAL, ESTATUTARIO Y LEGAL DEL CONCIERTO ECONÓMICO COMO ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS. 3.1. ENCAJE CONSTITUCIONAL. 3.2. ENCAJE ESTATUTARIO. 3.3. ENCAJE LEGAL. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. BREVE CONCEPTO JURÍDICO DEL CONCIERTO ECONÓMICO

Las relaciones de orden financiero y tributario entre la Comunidad Autónoma de Euskadi y el Estado se regulan mediante el sistema de Concierto Económico. Hablando en general, y en lo que se refiere a los modelos de financiación autonómica existentes en el Estado español, frente al modelo de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común (al que pertenecen todas ellas menos las dos Comunidades Forales, es decir, la Comunidad Autónoma de Euskadi y la Comunidad Foral de Navarra), en el que es el Estado Central quien legisla y recauda y después distribuye los fondos entre las Comunidades Autónomas (modelo regulado por la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas –LOFCA– y sus modificaciones posteriores), existe otro modelo alternativo de financiación, el de las dos Comunidades Forales, que funciona justo al revés, de tal manera que son ellas y no el Estado, quienes legislan y recaudan los tributos y contribu-

dispuesto a trabajar en el estudio, profundización y difusión de todo nuestro derecho, tanto público como privado, allá donde desempeñó su fecunda actividad y particularmente, en sus actividades como miembro del Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País y de la Academia Vasca de Derecho, de la que fue su Secretario desde su constitución hasta su fallecimiento. Él me enseñó que, independientemente de la ideología que cada uno de nosotros tenga, amar el País no es patrimonio de nadie y amar su Derecho tampoco. Sirvan estas palabras de emocionado recuerdo a su memoria y de homenaje al ejemplo de amor a nuestro País y a nuestro derecho que nos dio durante toda su vida.

yen después a las cargas generales que son competencia del Estado con una cantidad, denominada cupo (en el caso vasco) o aportación (en el caso navarro). De hecho, y en lo que se refiere a la Comunidad Autónoma Vasca, la propia LOFCA, en su Disposición Adicional Primera dice que “el sistema foral del concierto económico se aplicará en la Comunidad Autónoma del País Vasco de acuerdo con lo establecido en el correspondiente Estatuto de Autonomía”.

Y así, el sistema de financiación de la Comunidad Autónoma Vasca, que responde a principios similares, recibe el nombre de Concierto Económico y se encuentra regulado en la Ley 12/2002, de 23 de mayo (y sus sucesivas modificaciones). Podemos decir también a modo de introducción, que el Concierto Económico es un sistema bilateral y pactado entre el Estado y Euskadi, que dota a las instituciones forales vascas de potestad normativa tributaria y de autonomía en la gestión tributaria y que trae consigo un sistema denominado “de riesgo unilateral”, que supone que Euskadi ha de pagar al Estado el cupo pactado en cualquier caso, tanto si la recaudación va bien como si va mal, pues en este último caso no recibe ninguna ayuda por parte del Estado, ni se le rebaja el cupo. El sistema es, como veremos, uno los derechos históricos vascos, especialmente protegidos por la Constitución española de 1978. Y si el Concierto es un derecho histórico, como sin duda lo es, hay que referirse breve, pero obligatoriamente, a su historia, que es lo que haré a continuación.

2. EL CONCIERTO COMO DERECHO HISTÓRICO

En el sistema foral clásico vasco y hasta la derogación de los Fueros por la Ley de 21 de julio de 1876, cada uno de los Territorios Forales que actualmente componen la Comunidad Autónoma Vasca (por tanto, me refiero ahora únicamente al Señorío de Bizkaia, y las Provincias de Gipuzkoa y Álava) tenía su propio sistema tributario y de hacienda. Desde la Edad Media, el Rey de Castilla, primero, y de España después, solamente cobraba determinadas rentas tasadas en los textos forales de cada

Territorio y sólo excepcionalmente, en situaciones de penuria de la Hacienda Real, cada Territorio Foral podía realizar “donativos o servicios voluntarios” a la Corona.

A partir del siglo XVII, los Territorios Forales empezaron a establecer sus propios impuestos (denominados “arbitrios”) y ya desde el siglo XVIII, se consolidó en cada Territorio una administración fiscal propia, con su correspondiente Hacienda. En definitiva, el sistema tributario foral clásico suponía que no se pagaban impuestos al Rey salvo los derechos establecidos en su caso en los Fueros y los “donativos” excepcionales, puesto que los gastos a realizar y los servicios a prestar en los Territorios Forales eran sufragados por los propios Territorios Forales con cargo a sus ingresos y no con fondos de la Hacienda real. Este sistema era denominado por algunos autores “exención tributaria”, aunque tal denominación no resulta del todo correcta, pues no es que no se pagasen impuestos, que sí se pagaban, lo que ocurría es que no se pagaban a la Corona sino a las Haciendas de los Territorios Forales, que eran los encargados de prestar los servicios. El sistema se mantuvo hasta finales del siglo XIX cuando, tras las guerras carlistas, lo que quedaba de los Fueros vascos, y entre ellos, el sistema tributario y de Hacienda foral propio, fue suprimido por la Ley de 21 de julio de 1876, abolicionista de los Fueros.

Sin embargo, tras la abolición foral, el Gobierno se dio cuenta de que no era tan fácil extender el sistema general de la Hacienda Real a unos Territorios donde no había estado instalada nunca, por lo que, en un principio, llegó a un acuerdo con las Diputaciones vascas ahora ya Provinciales y no Forales, para instaurar un sistema provisional que le permitiese recaudar unas cantidades de dinero de manera estable, a través de un sistema de cuotas fijas y por una serie de años, mediante algunos impuestos que se concertaban (o “encabezaban”) con las entonces denominadas “Provincias Vascongadas”. Así surgió el primer Concierto Económico para Bizkaia, Gipuzkoa y Álava, que fue aprobado mediante Real Decreto de 28 de febrero de 1878.

El sistema, que en un principio iba a ser provisional, pretendía equiparar a las Provincias Vascongadas con las de régimen común, pues como se dice en su Preámbulo, *“Establecida la unidad constitucional en las Provincias Vascongadas, verificada la primera quinta, y estándose llevando a cabo los preliminares de la del presente año con la misma regularidad que en las demás del Reino, faltaba sólo que entrasen en el Concierto económico: faltaba que, cuantas manifestaciones tributarias se consignasen en los presupuestos generales del Estado, y cuantos gravámenes pesasen sobre la propiedad, la industria y el comercio, afectasen de igual modo a los naturales de aquel país que al resto de los españoles. Y realizada quedará esta aspiración en un breve término”*. Sin embargo, el sistema de Concierto se fue consolidando, pues en cada renovación del mismo, el número de impuestos concertados fue aumentando y al mismo tiempo, a su amparo, las competencias en materia económico-administrativa de las Diputaciones Vascas fueron creciendo, lo que, de nuevo fue distinguiendo a estas de las demás Diputaciones de régimen común.

El segundo Concierto Económico fue aprobado por Ley de Presupuestos de 29 de junio de 1887; el tercero, por Real Decreto de 1 de febrero de 1894 y el cuarto por Real Decreto de 13 de diciembre de 1906. Pero fue a partir del Real Decreto de 6 de marzo de 1919, el denominado “Decreto Cortina”, cuando algo que se venía entendiendo implícitamente en las relaciones tributarias entre el Estado y las Provincias Vascas se consolidó notablemente: el carácter pactado y bilateral del Concierto Económico, entendiéndose que para cualquier renovación, adaptación o modificación del mismo era necesario el acuerdo entre las dos partes afectadas por el sistema, es decir, el Gobierno y las Diputaciones vascas. El cambio era importante: de un sistema diseñado para una homologación paulatina con los territorios no forales se pasó a un sistema bilateral y pactado de las antiguas provincias forales con el Gobierno central. Este fue, sin duda, un hito jurídico en la larga historia del Concierto.

Posteriormente, y en lo que se refiere al quinto Concierto Económico, hay que decir que sus bases fueron establecidas por el Real Decreto de 9 de junio de 1925, y su Reglamento, por Real Decreto de 24 de di-

ciembre de 1926 y que estuvo en vigor tanto durante el final de la Restauración como durante la II República (pues el Decreto de 18 de mayo de 1931 vino a confirmar el sistema). Sin embargo, tras la guerra civil, el Concierto fue abolido como represalia de guerra por la falta de apoyo a la “causa franquista” en Bizkaia y Gipuzkoa, mediante el Decreto-Ley de 23 de junio de 1937. Por el contrario, se mantuvo para Álava (como también se mantuvo el homólogo sistema de Convenio Económico para Navarra), dado el apoyo que en estos Territorios tuvo el “levantamiento franquista” contra la II República.

Puesto que siguió vigente en Álava durante la dictadura franquista, la renovación del Concierto solamente para Álava tuvo lugar mediante el Decreto de 29 de febrero de 1952 y, posteriormente, por Decreto 2948/1976, de 26 de noviembre y siguió vigente en dicho Territorio hasta 1981, cuando tras la restauración de la democracia en España, la aprobación de la Constitución de 1978 y del Estatuto de Autonomía Vasco de 1979, se consiguió por fin, que se aprobase un nuevo Concierto Económico, ahora ya conjunto, para los tres Territorios Históricos (Bizkaia, Gipuzkoa y Álava), con lo que se reparaba el agravio cometido contra Bizkaia y Gipuzkoa.

3. ENCAJE CONSTITUCIONAL, ESTATUTARIO Y LEGAL DEL CONCIERTO ECONÓMICO, COMO ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS.

3.1. *Encaje constitucional*

Actualmente, el fundamento jurídico del Concierto Económico se halla estrechamente vinculado a la Disposición Adicional Primera de la Constitución, que recoge expresamente en su párrafo primero que “la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los Territorios Forales”. Es cierto que cuando hablamos de derechos históricos, el Tribunal Constitucional dejó claro que la Constitución tal y como se en-

tiende actualmente, “no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones históricas anteriores”⁴, y que “la idea de derechos históricos no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias”⁵, pero también es cierto que este reconocimiento constitucional de los regímenes forales supone que dichas Comunidades forales ostentan competencias distintas de las establecidas en el título VIII de la Constitución⁶, siempre que sean compatibles con los mandatos y principios constitucionales⁷ y pueden comportar que el legislador estatal pueda conferir un tratamiento normativo singular o excepcional para los Territorios Forales⁸. En este mismo sentido,

⁴ STC 76/1988, de 26 de abril, fundamento jurídico 3º.

⁵ STC 123/1984, de 18 de diciembre, fundamento jurídico 3º.

⁶ “...En principio, las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas son las que derivan de los arts. 148 y 149 de la Constitución, según la vía de acceso a la autonomía seguida por la Comunidad. Ahora bien, aunque es cierto que tales preceptos constitucionales constituyen el marco básico de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, el marco de referencia principal que han de tener en cuenta los Estatutos de Autonomía a la hora de determinar las competencias que asume cada Comunidad, no está excluido que algunas de éstas tengan su base en otros preceptos constitucionales. Así, el art. 147.2 d) de la Constitución, al referirse a las competencias contenidas en los Estatutos, no remite exclusivamente a las determinadas en el Título VIII, sino que lo hace, más amplia o genéricamente, al «marco establecido en la Constitución». Por otra parte, nada impide que la atribución constitucional de una determinada competencia como propia de alguna Comunidad Autónoma encierre también el reconocimiento de uno de los derechos históricos a que hace referencia la disposición adicional primera de la Norma Fundamental.” (STC 94/1985, de 29 de julio, fundamento jurídico 6º).

⁷ STC 86/1988, de 3 de mayo, fundamento jurídico 5º y STC 76/1988, de 26 de abril, fundamento jurídico 3º.

⁸ Por ejemplo, en materia de régimen local. Así, el Tribunal Constitucional llegó a decir que: “Sin embargo, el argumento utilizado por las recurrentes no puede ser acogido, porque aunque se pretende destacar que no pueden tener carácter básico normas que con-

son especialmente significativos algunos recientes pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco⁹.

templan un régimen excepcional, como el amparado en la Disposición adicional segunda, apartados 7.º a 10, lo que sería contrario al propio concepto de bases (STC 1/1982, de 28 de enero), hay que tener en cuenta que esa excepción, en el presente caso, está fundada en la Disposición adicional primera de la Constitución, que «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales», añadiendo que «la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

Por su parte, la L.R.B.R.L., en la Disposición adicional segunda, no ha hecho, pues, sino atender al propio mandato constitucional, preservando la singularidad misma de ese régimen foral en los aspectos organizativos, en unos términos y con un alcance perfectamente compatible con la propia Constitución.

Por ello no pueden pretender las recurrentes que los derechos reconocidos a los territorios históricos sean extensibles a las Comunidades de Cataluña y Galicia por el simple hecho de haber asumido idénticas competencias que la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de régimen local, dado el carácter particular o excepcional de los derechos reconocidos a los territorios históricos que tiene por objeto, como ha señalado la STC 76/1988, garantizar «la existencia de un régimen foral, es decir, de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, de su “foralidad” ...», de manera que «la garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional» (fundamento jurídico 4.º). Se comprende, de este modo, que esa garantía constitucional comporte un tratamiento normativo singular propio de ese régimen local y ello aun frente a los poderes centrales del Estado”. (STC 214/1989, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 26º).

⁹ Así, en su Sentencia 391/2013, de 26 de junio, dictada en el recurso del Abogado del Estado contra la Norma Foral 5/2012, de 16 de abril, de las Juntas Generales de Álava, que modificó la Norma Foral 3/2004, de 9 de febrero, presupuestaria de las Entidades locales alavesas, dice expresamente que “los Derechos Históricos no son un título de atribución competencial pero sí constituyen un elemento de interpretación sobre el alcance de las competencias que con amparo en la disposición adicional primera de la Constitución corresponden a las instituciones de régimen foral, según ha observado el Tribunal Constitucional (sentencias 76/1988, 140/1990). (fundamento jurídico 2º). Y refiriéndose a la Norma Foral alavesa impugnada, dice que “... no es necesario que la norma foral alavesa de régimen presupuestario de las entidades locales de su territorio otorgue a esas entidades las mismas funciones o cometidos que la norma estatal de haciendas locales, o que establezca en lo que respecta a la elaboración y aprobación del

Efectivamente, la Constitución garantiza la propia existencia del régimen foral, pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente lo hayan integrado¹⁰. Pero, en todo caso, reconoce lo que se ha dado en llamar la “garantía institucional de la foralidad”, que exige que se preserve un “núcleo identificable de la institución”¹¹. En su virtud, “aparecen así definidos un núcleo intangible, por prescripción estatutaria, del contenido del régimen foral —y que resulta por tanto, ser el mínimo sin el que desaparecería la misma imagen de la foralidad— y además, un ámbito de expansión de ese régimen, que se hace depender de la actuación de otros órganos. Se contempla pues la posibilidad de transferencia o atribución de competencias adicionales al núcleo de la foralidad, competencias que pueden derivar, bien del Estatuto de Autonomía, bien de los procedimientos previstos en el art. 150.1 y 2 de la Constitución”¹².

Como acabamos de ver, el Tribunal Constitucional, en la célebre Sentencia 76/1988, de 26 de abril, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la LTH, ha sostenido que dicha Disposición Adicional supone una garantía institucional de la foralidad y también se deduce de ella que, dentro de ese núcleo intangible de la foralidad garan-

presupuesto los mismos requisitos de competencia y procedimiento, esto es, una reproducción o transposición literal de la norma estatal que vaciaría de contenido las competencias propias entroncadas con sus Derechos históricos amparados por la Constitución” (fundamento jurídico 3º).

Además, en su reciente Sentencia 6/2014, de 16 enero, dictada en el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz contra la Norma Foral 11/2012, de 18 de junio, de las Juntas Generales de Álava, que modificó la Norma Foral 19/1997, de 30 de junio, sobre el Fondo Foral de financiación de las entidades locales alavesas, el Tribunal vuelve a reproducir los mismos argumentos en su fundamento jurídico 3º.

¹⁰ SSTC 76/1988, fundamento jurídico 4º; 86/1988, de 3 de mayo, fundamento jurídico 5º y, más recientemente, 208/2012, de 14 de noviembre, fundamento jurídico 4º.

¹¹ Teoría que fue recogida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 32/1981, de 28 de julio, fundamento jurídico 3º en el caso de las Diputaciones catalanas y que luego fue aplicada a la institución recogida en la Disposición Adicional Primera de la Constitución.

¹² STC 76/1988, de 26 de abril, Fundamento jurídico 6º.

tizado por dicha Disposición, aparece de forma destacada el sistema de Concierto Económico y además, que se trata de un sistema pactado, carácter pactado que también forma parte de dicho núcleo intangible. En palabras del propio Tribunal, "... históricamente, la determinación de las aportaciones de las Haciendas Forales a la estatal ha venido realizándose mediante el sistema de conciertos, que implica un elemento acordado o paccionado, integrante del núcleo del régimen foral (...) y que constituye, por tanto, parte del contenido mínimo de la garantía institucional de ese régimen, en cuanto que su desaparición supondría la de un factor esencial para que pudiera reconocerse pervivencia de la foralidad"¹³.

3.2. *Encaje estatutario*

Una vez que ha quedado claro que el Concierto Económico es uno de los derechos históricos cuyo amparo y respeto recoge la propia Constitución, nos corresponde ahora dar un paso más en su anclaje constitucional y estatutario: dado que el párrafo segundo de la Disposición Adicional Primera de la Carta Magna establece que "la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo en la Constitución y en su caso, en el marco de los Estatutos de Autonomía", el Tribunal Constitucional ha reconocido que la Disposición Adicional Primera permite que las Comunidades forales puedan mantener competencias que históricamente les hubieran correspondido, pero dichas competencias deberán ser asumidas por la norma estatutaria (...) De hecho, una vez asumidas las competencias, el respectivo Estatuto deviene el elemento decisivo de la actualización de los derechos históricos (SSTC 140/1990, de 20 de septiembre, Fundamento jurídico 3º y 208/2012, de 14 de noviembre, Fundamento jurídico 4º).

Por eso, la actualización del derecho histórico relativo al Concierto Económico se ha producido según lo establecido en el artículo 41 del Es-

¹³ Fundamento jurídico 9º.

tatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, que afirma que las relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco vendrán reguladas mediante el sistema foral tradicional de Concierto Económico o Convenios (párrafo 1º)¹⁴.

¹⁴ A pesar de que el tenor literal del artículo 41 del Estatuto dice que las relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco vendrán reguladas por el sistema de Concierto Económico, el sistema de Concierto Económico histórico y actualmente vigente ha ido mucho más allá del contenido estrictamente tributario, pues desde siempre se han incluido en el Concierto materias que hacen referencia a relaciones de orden financiero, y no sólo las derivadas del régimen de cupo, sino también las que proceden de las facultades especiales en el orden económico y administrativo que les reconoció el art. 15 del Cuarto Concierto Económico, aprobado por Real Decreto de 13 de diciembre de 1906. En el Concierto Económico actualmente vigente, el de 2002, si el capítulo I se refiere a las relaciones de orden tributario, con la denominación “Tributos”, su capítulo II (arts. 48 y ss.) se refiere a las relaciones de orden financiero, bajo el título “de las relaciones financieras”, y en ese capítulo no se regula solamente lo relativo al Cupo, sino también ciertos principios generales de contenido financiero, no tributario, por ejemplo, la cláusula subrogatoria en materia de tutela financiera sobre las entidades locales, o el principio de estabilidad financiera, lo que justifica que, como veremos posteriormente, la regulación de la Ley Orgánica relativa a la estabilidad financiera, haga una remisión expresa al régimen de Concierto Económico. Y que ello no es algo novedoso sino la actualización de un derecho histórico, viene a subrayarlo la Disposición Adicional Tercera del actual Concierto, que siguiendo la estela del anterior Concierto, dice que “Las Diputaciones Forales de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa tendrán las facultades que en el orden económico y administrativo les reconoció el artículo 15 del Real Decreto de 13 de diciembre de 1906 y que en virtud del proceso de actualización general del régimen foral previsto en la disposición adicional primera de la Constitución se consideran subsistentes, sin perjuicio de las bases a que hace referencia el artículo 149.1.18 de la Constitución”.

También la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha venido a señalar que el Concierto tiene también contenido financiero, en las anteriormente mencionadas Sentencias de 26 de junio de 2013 (fundamento jurídico 2º) y 16 de enero de 2014 (fundamento jurídico 3º, que reproduce la anterior), cuando al referirse a las competencias normativas del Territorio Histórico de Álava en materia presupuestaria sobre las entidades locales, afirma que “... esas competencias entroncan gracias a la disposición primera de la Constitución con las que históricamente han ejercido las Instituciones Forales de Álava en el orden económico administrativo comprensivo de materias como la estrictamente presupuestaria o financiera, no en vano, el Concierto Económico, instrumento de actualización del régimen foral, el aprobado en lo que hace al caso por la Ley 12/2002 de 23 de mayo dice en su disposición adicional tercera que Las

Por su parte, el párrafo segundo del art. 41 del Estatuto establece que el contenido del Concierto debe respetar los siguientes principios:

- a) las Instituciones competentes de los Territorios Históricos podrán mantener, establecer y regular dentro de su territorio, el régimen tributario, atendiendo a la estructura general impositiva del Estado, a las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el propio Concierto y las que dicte el Parlamento Vasco para idénticas facilidades dentro de la Comunidad Autónoma, aprobándose el Concierto por Ley;
- b) La exacción, gestión, liquidación, recaudación e inspección de todos los impuestos, salvo los que se integran en la Renta de Aduanas y los que actualmente se recaudan a través de Monopolios Fiscales, se efectuará, dentro de cada Territorio Histórico, por las respectivas Diputaciones Forales, sin perjuicio de la colaboración con el Estado y de su alta inspección;
- c) las Instituciones competentes de los Territorios Históricos adoptarán los acuerdos pertinentes, con objeto de aplicar en sus respectivos territorios las normas fiscales de carácter excepcional y coyuntural que el Estado decida aplicar al territorio común, estableciéndose igual período de vigencia que el señalado para éstas;
- d) la aportación del País Vasco al Estado consistirá en un cupo global, integrado por los correspondientes a cada uno de sus Territorios,

Diputaciones Forales de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa tendrán las facultades que en el orden económico y administrativo les reconoció el artículo 15 del Real Decreto de 13 de diciembre de 1906 y que en virtud del proceso de actualización general del régimen foral previsto en la disposición adicional primera de la Constitución se consideran subsistentes, sin perjuicio de las bases a que hace referencia el artículo 149.1.18 de la Constitución”.

Es por ello que, como he defendido en otras ocasiones, además de la vertiente tributaria, el Concierto Económico tiene una vertiente financiera que debe ser desarrollada mucho más allá de lo que actualmente se recoge en su capítulo II, para actualizar adecuadamente el régimen foral. Confío que en que en sucesivas reformas del Concierto Económico pactadas entre el Estado Central y las Instituciones Vascas, se proceda a actualizar esta vertiente financiera del mismo, en la que queda aún un largo camino por recorrer.

como contribución a todas las cargas del Estado que no asuma la Comunidad Autónoma;

- e) para el señalamiento de los cupos correspondientes a cada Territorio Histórico que integran el cupo global antes señalado, se constituirá una Comisión Mixta integrada por un representante de cada Diputación Foral y otros tantos por el Gobierno Vasco y de otra por un número igual de representantes de la Administración del Estado. El Cupo se aprobará por Ley, con la periodicidad que se fije en el Concierto, sin perjuicio de su actualización anual por el procedimiento que se establezca igualmente en el Concierto;
- f) el régimen de Concierto se aplicará de acuerdo con el principio de solidaridad a que se refieren los artículos 138 y 156 de la Constitución.

3.3. *Encaje legal*

En cumplimiento de lo previsto en la Constitución y en el Estatuto, se promulgó la Ley 12/1981, de 13 de mayo, por la que se aprobaba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, previo acuerdo entre la Administración del , Estado y los representantes de la Administración de la Comunidad Autónoma Vasca y de los Territorios Históricos Vascos. Se reparaba así la injusticia histórica de 1937 y ahora tanto Bizkaia como Gipuzkoa, además de Álava (que, como hemos visto, no había llegado a perderlo), disfrutarían del sistema de Concierto Económico. El Concierto de 1981, suponía la confluencia de los Territorios Históricos vizcaíno y guipuzcoano con lo que ya existía en el territorio alavés. Su vigencia era de veinte años y para actualizarlo y adaptarlo a las nuevas circunstancias, y se requería siempre el previo acuerdo de ambas partes (por un lado la Administración del Estado y por otro, los representantes de la Administración de la Comunidad Autónoma Vasca y de los Territorios Históricos).

Por eso, cuando terminó la vigencia del Concierto de 1981, es decir, en 2001, se planteó un problema grave, pues no hubo acuerdo entre las partes para su renovación y el Estado impuso una prórroga unilateral del Concierto de 1981 por un año más, mediante Ley 25/2001, de 27 de diciembre, lo que provocó una gran tensión con las autoridades vascas, ya que ello rompía las bases del sistema: la bilateralidad y el consenso. Afortunadamente, durante 2002 se siguió negociando, la situación se recondujo y se llegó a un nuevo acuerdo bilateral. De este modo, el nuevo Concierto fue negociado en la Comisión Mixta de Cupo, en la que participaron tanto los representantes de la Administración del Estado como los representantes de las Administraciones de la Comunidad Autónoma Vasca y de los tres Territorios Históricos.

Este acuerdo de la entonces Comisión Mixta de Cupo (hoy denominada Comisión Mixta del Concierto) de 6 de marzo de 2002 fue elevado a las Cortes Generales, quienes aprobaron el nuevo Concierto actualmente vigente mediante Ley 12/2002, de 23 de mayo, un Concierto que ya no tiene una vigencia limitada en el tiempo, como había ocurrido con sus antecesores, sino que tiene vigencia ilimitada y cuyo carácter pactado queda claramente reflejado en que se sigue exigiendo el acuerdo unánime de todas las partes para cualquier modificación (Gobierno Vasco, Diputaciones Forales y Gobierno Central), tal y como establece su artículo 61 y en que el acuerdo de la Comisión Mixta de Concierto es elevado a las Cortes como Proyecto de Ley del Gobierno y se tramita en éstas a través del procedimiento de lectura única, que no permite la presentación de enmiendas en sede parlamentaria, pues se vota en bloque el texto y solamente cabe el voto favorable o negativo a todo el texto en su conjunto.

La última reforma del Concierto actualmente vigente hasta ahora tuvo lugar en 2007, si bien, como todos ustedes saben, justo hace unos días, concretamente el 16 de enero de 2014, se reunió la Comisión Mixta de Concierto para impulsar una nueva modificación del mismo, llegándose en ella, entre otros, al acuerdo de concertar los siguientes impuestos: Gravamen especial sobre los premios de determinadas loterías y apuestas, Impuesto

sobre los depósitos en las Entidades de crédito, Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, Impuestos sobre la producción y almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radioactivos, Impuesto Especial sobre Hidrocarburos, Impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero e Impuesto sobre Actividades de Juego.

Pero el encaje del Concierto Económico en el marco legal, se proyecta más allá de las disposiciones de carácter tributario y se extiende tanto al legislador orgánico como ordinario, porque el Concierto funciona también como canon interpretativo y de aplicación de determinadas normas legales. Pondré tres ejemplos recientes:

- a) En materia procesal constitucional, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificada por Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, que ha introducido una Disposición Adicional Quinta en la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, además de modificar la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y la Ley 29/1988, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, atribuyendo al Tribunal Constitucional (y no ya a los Tribunales ordinarios del orden contencioso-administrativo), el control de constitucionalidad (y no de legalidad) sobre las Normas Forales Fiscales de los tres Territorios Históricos Vascos, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la D.A. 1º de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía Vasco, que se refiere, como ya sabemos al Concierto Económico.

Como se dice en el Preámbulo de la mencionada Ley Orgánica 1/2010, “los derechos históricos de los territorios forales, al menos en lo que concierne a su núcleo esencial, no son una cuestión de mera legalidad ordinaria, sino que entrañan, sin duda, una cuestión constitucional, tanto como las que pueda plantear cualquier otro precepto de la Constitución, lo que obliga a arbitrar una vía practicable y accesible para su defensa, que remedie el déficit de protec-

ción de la foralidad que resulta de la falta de legitimación de las instituciones forales para acudir al Tribunal Constitucional en los supuestos en que el legislador, estatal o autonómico, invada el espacio que la disposición adicional primera de la Constitución y el artículo 37 del Estatuto vasco les reserva en exclusiva (...). El régimen de recursos que establece esta iniciativa se refiere a las Normas Forales fiscales, y ello en base a la disposición adicional primera de la Constitución, cuyo contenido los artículos 40 y 41 del Estatuto vasco no hacen sino explicitar. En este ámbito, que no es constitucionalmente transferible a otros entes o instituciones, sólo las normas forales aprobadas por las Juntas Generales de cada territorio histórico pueden entrar, en virtud de la disposición adicional primera de la Constitución y sólo ellas, en consecuencia, pueden mantener, establecer y regular los impuestos concertados que en el resto del Estado están formalmente reservados por la propia Constitución a las leyes aprobadas por las Cortes Generales”.

Este nuevo sistema de control por parte del Tribunal Constitucional de las Normas forales fiscales, viene acompañado por la introducción de un nuevo “conflicto en defensa de la autonomía foral” de los Territorios Históricos Vascos, “*constitucional y estatutariamente garantizada*¹⁵” que puede interponerse contra las normas estatales con rango de ley. El nuevo cauce para recurrir las Normas forales fiscales, previsto en esta Ley Orgánica 1/1010, que ha sido a su vez recurrida ante el Tribunal Constitucional por dos Comunidades Autónomas vecinas, y sobre la cual es previsible que el Tribunal Constitucional se pronuncie en breve, ha sido utilizado precisamente por el Gobierno Central, para interponer recurso contra el Decreto Foral Normativo 2/2013, de 26 de febrero, por el que se determina la aplicación de nuevos impuestos en el Territorio Histórico de Bizkaia (en materia de juego, depósito de entidades de crédito e impuestos de carácter

¹⁵ El subrayado es mío.

energético), que ante la falta de concertación con el Estado, fueron regulados por el Territorio Histórico de Bizkaia. Este recurso fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional, mediante providencia de 10 de septiembre de 2013.

Pues bien, en virtud de los acuerdos alcanzados en la última reunión de la Comisión Mixta de Concierto, a la que me he referido anteriormente, y en concreto el que hace el n.º 8, al concertarse ahora sí estos impuestos, la Diputación Foral de Bizkaia deroga el Decreto Foral Normativo 2/2013 y el Estado desistirá del recurso interpuesto ante el Tribunal Constitucional. El nuevo texto acordado será tramitado como Proyecto de Ley, puesto que se necesita una norma con rango formal de ley para reformar la Ley del Concierto Económico de 2002 y, en virtud del carácter paccionado entre el Estado y las instituciones vascas (Gobierno Vasco y Diputaciones Forales) será tramitado, como ya hemos visto, por el procedimiento de lectura única ante las Cortes Generales.

- b) En lo que se refiere al tema de la estabilidad presupuestaria, la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en su párrafo segundo, dice que “en virtud de su régimen foral, la aplicación a la Comunidad Autónoma del País Vasco de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Concierto Económico”, continuando lo que ya decían las anteriormente vigentes en esta materia¹⁶. El régimen pactado de Concierto implica una negociación bilateral entre el Estado y la parte vasca a la hora de poner en práctica las nuevas exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y el art. 62 b) de la Ley del Concierto,

¹⁶ La Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, en su Disposición Final Quinta, la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, en su Disposición Adicional Primera y el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, en su Disposición Final Cuarta.

atribuye esa función a la Comisión Mixta de Concierto. Ello explica también que en esa reunión de la Comisión Mixta de Concierto a la que me acabo de referir, se haya llegado a acuerdos en materia de estabilidad presupuestaria: de hecho se acuerdan el procedimiento, contenido y frecuencia de remisión de la información a suministrar por la CAPV en desarrollo del acuerdo sobre principios y procedimientos en materia de estabilidad presupuestaria de 2007 (acuerdo nº 10) y se ratifican seis acuerdos suscritos por el Gobierno Vasco sobre el Plan Económico Financiero de reequilibrio, objetivos de estabilidad, objetivos de deuda y déficit (acuerdo nº 11).

- c) Y por último, si hablamos de régimen local en general, y más específicamente de régimen económico-financiero local y de haciendas locales, la Disposición Adicional Segunda, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción dada a la misma por la reciente Ley 27/2013, de 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, dice en su párrafo quinto que “en materia de Hacienda las relaciones de los Territorios Históricos con la Administración del Estado se ajustarán a lo dispuesto en la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco. Las funciones que los artículos 7.4 y 26.2 atribuyen a la Administración que ejerza la tutela financiera, serán ejercidas en el País Vasco por sus Instituciones competentes de conformidad con el artículo 48.5 de la mencionada Ley 12/2002, de 23 de mayo”¹⁷.

¹⁷ Y en su párrafo 6º, que “ Los Territorios Históricos del País Vasco continuarán conservando su régimen especial en materia municipal en lo que afecta al régimen económico-financiero en los términos de la Ley del Concierto Económico, sin que ello pueda significar un nivel de autonomía de las Corporaciones Locales vascas inferior al que tengan las demás Corporaciones Locales, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 115 de la presente Ley y de las competencias que a este respecto puedan corresponder a la Comunidad Autónoma”.

En su párrafo 10º, se establece que “el control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación de las Dipu-

Otro tanto puede decirse de lo establecido en la Disposición Adicional Octava del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales¹⁸.

taciones Forales se organizará libremente por éstas en el marco del Concierto Económico, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 92 bis de la presente Ley”.

Finalmente, en su párrafo 11º, aparece una vez más el Concierto Económico como marco normativo de referencia, cuando se dice que: “en el marco de los objetivos de estabilidad presupuestaria y en virtud de las competencias y facultades que en materia de régimen local y financiación local les confiere la disposición adicional primera de la Constitución Española, el Estatuto de Autonomía, la Ley del Concierto Económico y la disposición adicional segunda de la Ley de Bases de Régimen Local, los órganos forales de los Territorios Históricos vascos determinarán los límites máximos totales del conjunto de las retribuciones y asistencias de los miembros de las Corporaciones Locales, del personal eventual y del resto de personal al servicio de las Corporaciones Locales y su sector público y de los funcionarios con habilitación de carácter nacional. La determinación de tales retribuciones atenderá a los principios y estructura establecidos, en su caso, por la legislación estatal”.

¹⁸ La nueva redacción de esta disposición ha sido introducida también por la Ley 27/2013, de 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y dice lo siguiente:

1. Los Territorios Históricos del País Vasco continuarán conservando su régimen especial en materia municipal en lo que afecta al régimen económico-financiero en los términos de la Ley del Concierto Económico, sin que ello pueda significar un nivel de autonomía de las corporaciones locales vascas inferior al que tengan las demás corporaciones locales, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y de las competencias que a este respecto puedan corresponder a la Comunidad Autónoma.

Las instituciones vascas podrán, en sus respectivos ámbitos competenciales, atribuir competencias como propias a los municipios de sus respectivos territorios, con sujeción, en todo caso, a los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

2. De conformidad con la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y de la cláusula subrogatoria prevista en el artículo 48 quinto de la Ley del Concierto Económico con el País Vasco, los Territorios Históricos recibirán los informes a que se refieren los artículos 193 bis y 218 de la presente Ley. Asimismo, los órganos interventores de las administraciones locales del País Vasco remitirán también al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Tribunal de Cuentas, los informes a que se refiere el artículo 218 de la presente Ley.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Creo que ya ha llegado la hora de concluir mi intervención para no abusar de su paciencia puesto que, como dice el refrán vasco, “*hitzarik onena, laburrena*”, es decir, que la mejor palabra es la más breve, pero permítanme una última reflexión: el Concierto Económico nació en un momento de gran desolación para nuestro País, tras la derogación foral de 1876. Es más, el Gobierno de entonces sostenía que el encaje jurídico del Concierto de 1878 era la propia Ley de 21 de julio de 1876, derogatoria de los Fueros y la autorización que tenía el Gobierno “*para introducir en este punto las modificaciones que estuviesen más en armonía con los hábitos del país*”. Fue introducido como instrumento provisional para unificar a las antiguas Provincias Forales con las de régimen común y su vigencia estaba prevista para más o menos unos ocho años.

Mañana, 28 de febrero de 2014, se cumplirán 136 años desde la aprobación del Primer Concierto Económico, y ahora resulta que es casi unánimemente aceptado como un componente esencial del autogobierno vasco, como un instrumento bilateral y pactado que forma parte del denominado núcleo intangible de la foralidad, amparada expresamente por una Disposición específica de la Constitución que, por cierto, no tiene precedentes ni en la historia constitucional española ni en el derecho comparado. Fue, además, actualizado por el Estatuto de Gernika de 1979 y otras leyes posteriores; forma parte del marco jurídico básico en el que se insertan las especialidades forales reconocidas en numerosas leyes sectoriales; algunos de sus contenidos gozan de un sistema de protección que hace que sea el propio Tribunal Constitucional el encargado de enjuiciarlos y hasta el sistema derivado de él ha sido reconocido como per-

3. De conformidad con la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, y de la cláusula subrogatoria prevista en el artículo 48 quinto de la Ley del Concierto Económico con el País Vasco, las Diputaciones Forales en sus respectivos ámbitos territoriales serán las competentes para formalizar convenios con las Entidades Locales para reforzar la autonomía y eficacia de los órganos responsables del control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera, contable y presupuestaria de las citadas Entidades Locales.

fectamente compatible con la Unión Europea por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. A pesar de todo esto, no es tampoco un sistema perfecto, pero funciona y eso no lo discute casi nadie.

Y todo ello con la mayor naturalidad y un amplísimo consenso... ¡Si se lo llegan a decir a los atribulados vascos de la época de la derogación foral, no habrían dado crédito a lo que oían! Por cierto, y ahora que, antes o después, habrá que abordar el delicado asunto de nuestro nuevo estatuto político, quizá no estaría mal fijarnos humildemente en el modelo de Concierto para intentar avanzar entre todos hacia un modelo concertado también en lo político. Y eso no es ninguna utopía, si me permiten ustedes utilizar en este contexto el título de la obra más conocida de Tomás Moro, quien da nombre a la Sala en la que nos encontramos, porque como alguien dijo alguna vez, a veces, la utopía es sólo una verdad prematura. Al fin y al cabo, nuestros antecesores siempre pensaron que, para restañar de algún modo las heridas de la abolición foral que, en mi humilde opinión, aún supuran, al Concierto Económico debía seguirle un Concierto Político. Si hemos sido capaces de concertar lo económico, ¿por qué no aprender del modelo para buscar el concierto político? Pero claro, de eso ya hablaremos en otra ocasión, quizá cuando a nuestros representantes les toque “concertar políticamente” y ¿qué mejor sitio para hacerlo que este Parlamento?

Trata de esclavos y País Vasco: ¿Participó la sociedad vasca en el comercio trasatlántico de esclavos?

JOSUNE LÓPEZ RODRÍGUEZ
Licenciada en Derecho (Investigadora)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. VERSIONES CONTRADICTORIAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN VASCA EN LA TRATA DE ESCLAVOS. 3. LA ACTITUD DE LAS AUTORIDADES CIVILES FRENTE A LA PRESENCIA DE ESCLAVOS EN EL PAÍS VASCO. 4. LA IMPLICACIÓN VASCA EN EL COMERCIO TRASATLÁNTICO DE ESCLAVOS. 5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La trata de esclavos africanos a América, acontecida entre los siglos XVI y XIX, ha sido ampliamente estudiada y analizada en el ámbito académico, por lo que no constituye, en principio, un tema de investigación novedoso u original. En efecto, innumerables trabajos han relatado la participación de la Europa occidental en este degradante comercio de personas que, sin lugar a dudas, supuso la completa negación de la condición humana.

Ciertamente, la necesidad de mano de obra en la recién colonizada América fue el motivo principal por el que los países europeos (en especial, España, Portugal, Gran Bretaña, Francia y Holanda) iniciaron este lucrativo comercio que supuso la exportación de millones de esclavos africanos al continente americano. Así, durante alrededor de cuatro siglos, la trata trasatlántica se desarrolló de forma activa y como un negocio lícito hasta su abolición a finales del siglo XIX.

En este contexto, en el que determinados países europeos fomentaron sin escrúpulos la trata de esclavos, es donde se sitúa el presente trabajo, que parte de la siguiente interrogante: ¿estuvo la sociedad vasca implicada en el comercio de esclavos durante la Edad Moderna?

Pues bien, en comparación con la Historia europea y, en especial, la Historia española, en las que se ha dejado constancia de la implicación de la sociedad en el envío de esclavos a América, la Historia vasca no ha contemplado tan abiertamente la participación de su pueblo en este atroz negocio. Es por ello que, durante siglos, éste ha sido un tema oscuro, misterioso y confuso que ha suscitado interpretaciones discordantes

entre los historiadores. Al respecto, pueden encontrarse algunas referencias genéricas dispersas en diferentes obras e, incluso, en la literatura. Sin embargo, en las últimas décadas, algunos autores se han atrevido a abordar elogiamente esta incógnita, consiguiendo revelar una faceta desconocida y oculta de la Historia del País Vasco.

Partiendo de estas aportaciones, en este artículo se realiza una aproximación a la posible participación de ciudadanos de origen vasco en el comercio trasatlántico de esclavos entre los siglos XVI y XIX. A tal fin, primeramente, se exponen dos interpretaciones opuestas sobre la intervención vasca en la trata de esclavos para demostrar y justificar la ambigüedad del tema. A continuación, se describe la posición de las autoridades civiles vascas en relación con la tenencia de esclavos en el País Vasco, ya que ésta ha sido, posiblemente, una de las principales causas que ha motivado la confusión en la materia. Y, por último, se realiza un acercamiento a la implicación de algunos ciudadanos vascos y algunas familias vascas en el comercio de esclavos africanos a América. Con todo, el trabajo recoge unas conclusiones finales en las que se sintetizan las ideas más importantes de la exposición.

2. VERSIONES CONTRADICTORIAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN VASCA EN LA TRATA DE ESCLAVOS

Como ya se ha avanzado en la introducción, la posible implicación de la sociedad vasca en el comercio de esclavos constituye un enigma controvertido y confuso en la Historia del País Vasco.

Por un lado, el País Vasco ha sido frecuentemente descrito como un territorio aislado y apartado de los sucesos que eran comunes al resto de Europa, llegándose a considerar, incluso, como una región que vivía al margen de la realidad adyacente¹. Teniendo en cuenta esta apreciación, la sociedad

¹ ASPIAZU ELORZA, J.A. *Esclavos y traficantes. Historias ocultas del País Vasco*. Donostia: Ttartalo, 1997, p. 21.

vasca podría haberse mantenido ajena al fenómeno de la esclavitud presente en las sociedades vecinas y podría no haber intervenido en la trata trasatlántica de esclavos. Concretamente, DOMÍNGUEZ ORTIZ explica, al referirse a la esclavitud en Castilla durante la Edad Moderna, que «una sola región estaba exenta de esta lacra: Vasconia»². Esta postura fue respaldada, décadas más tarde, por PHILLIPS, quien relató que «algunas regiones no tuvieron esclavos en absoluto», puntualizando que «Guipúzcoa y las otras provincias vascas no permitían esclavos, musulmanes, judíos, mulatos o negros»³. Aunque estos comentarios no se refieren explícitamente a la trata de esclavos, evidencian, de algún modo, el carácter cerrado del pueblo vasco y su rechazo ante la presencia de esclavos en su entorno. Partiendo de esta interpretación, se podría presuponer la falta de implicación de ciudadanos vascos en el comercio de esclavos.

Por otro lado, y en contraposición a este planteamiento, MAURA declara que «la idea de que sólo Vasconia estaba libre de esclavos es un mito»⁴. En concreto, CARO BAROJA se refiere al territorio vasco de aquel entonces como «un país que vive, que palpita, que late en relación con la historia técnica, con la historia económica del resto de Europa, más que ningún otro de España»⁵. Esto es, el autor sitúa a la sociedad vasca en un lugar predominante dentro del contexto de la actividad económica europea, lo que hace suponer, *a priori*, su participación en la trata de esclavos. Al hilo de esta cuestión, ASPIAZU ELORZA subraya que los vascos «difícilmente podían ser ajenos a esta realidad, dada su importante presencia en el mundo atlántico de la época, tanto a nivel político como

² DOMÍNGUEZ ORTÍZ, A. «La esclavitud en Castilla durante la Edad Moderna», en VIÑAS Y MEY, C. (Dir.). *Estudios de Historia Social de España*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1952, p. 384.

³ PHILLIPS, W.D. *Historia de la esclavitud en España*. Madrid: Playor, 1990, p. 238.

⁴ MAURA, J.F. *Españolas de ultramar en la historia y en la literatura*. Valencia: Colección Parmaseo-Publicaciones de la Universitat de València, 2005, p. 115.

⁵ CARO BAROJA, J. *Introducción a la Historia Social y Económica del Pueblo Vasco*. Donostia: Txertoa, 1980, Segunda Edición, p. 105.

económico y estratégico»⁶. Incluso, el escritor PÍO BAROJA se refirió a este tema en su novela «Los pilotos de altura»⁷, cuando en la Tercera Parte, titulada «De negrero», el protagonista, refiriéndose a la trata de esclavos a América, dice: «Algún paisano vasco conocí que navegó con el capitán Zaldumbide y que hizo muchos viajes en el mismo buque sin ningún tropiezo»⁸. Aunque esta última declaración se enmarca en el género literario, puede estar basada en hechos históricos verídicos. Teniendo en consideración esta segunda postura, la sociedad vasca podría haber estado involucrada en el comercio de esclavos.

3. LA ACTITUD DE LAS AUTORIDADES CIVILES FRENTE A LA PRESENCIA DE ESCLAVOS EN EL PAÍS VASCO

La contradicción patente en las versiones expuestas puede haber derivado, entre otras posibles razones, de la actitud que mantuvieron las autoridades civiles vascas frente a la presencia de esclavos en el País Vasco durante la Edad Moderna⁹.

En concreto, desde el siglo XVI, los principales textos oficiales emanados de las instituciones vascas se pronunciaron en contra de la tenencia de esclavos en tierras vascas. Precisamente, las autoridades civiles defendían la conservación de la «pureza»¹⁰ de la sociedad vasca y, por eso, no admitían

⁶ ASPIAZU ELORZA, J.A. *Esclavos y traficantes...*, *op. cit.*, p. 25.

⁷ BAROJA, P. *Los pilotos de altura*. Barcelona: Planeta, 1966.

⁸ *Ibid.*, p. 98.

⁹ A este respecto, MARTÍN CASARES explica que «la creencia en la inexistencia de personas esclavizadas en el País Vasco estaba, sin duda, relacionada con un problema historiográfico» (MARTÍN CASARES, A. *La esclavitud en la Granada del Siglo XVI*. Granada: Universidad de Granada y Diputación Provincial de Granada, 2000, p. 29).

¹⁰ ASPIAZU ELORZA, J.A. «La sociedad vasca ante la esclavitud: mentalidades y actitudes», en GONZÁLEZ MÍNGUEZ, C., BAZÁN DÍAZ, I., y REGUERA, I. (Eds.). *Marginación y exclusión social en el País Vasco*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1999, p. 262.

la presencia en su territorio de «grupos extraños y razas impuras»¹¹. Mediante estas prohibiciones, las autoridades querían evitar que el pueblo vasco se mezclara con la que denominaban «gente de mala raza»¹², entre la cual incluían a los esclavos, con el fin último de garantizar la «limpieza de sangre»¹³ y la continuidad de su posición privilegiada.

Empero, el rechazo de las autoridades a la tenencia de esclavos en suelo vasco no significaba que éstas condenasen la esclavitud y la trata de esclavos¹⁴. Es decir, las instituciones no se oponían a la posesión, a la explotación y al comercio de esclavos en otros lugares fuera del País Vasco; más aún, estas prácticas eran consideradas beneficiosas para la economía del territorio¹⁵. Se deduce, por consiguiente, que su postura se apoyaba en el interés de preservar íntegramente la identidad vasca y no, en cambio, en la visión de la esclavitud y la trata de esclavos como prácticas injustas e ilícitas.

Además, estas prohibiciones oficiales no fueron óbice para que, en la praxis, la esclavitud estuviera presente en la vida social vasca. En efecto, «utilizar esclavos fue práctica habitual entre los mercaderes, que no toma-

¹¹ ASPIAZU ELORZA, J.A. *Esclavos y traficantes...*, *op. cit.*, p. 106.

¹² ASPIAZU ELORZA, J.A. «La sociedad vasca ante la esclavitud...», *op. cit.*, p. 159.

¹³ PORRES, R. «De la Hermandad a la Provincia (siglos XVI-XVIII)», en RIVERA, A. (Dir.). *Historia de Álava*. Donostia: Nerea, 2003, p. 259. Así, por ejemplo, la Ley XIII del Título Primero del Fuero del Señorío de Vizcaya aludía al «noble linaje y limpia sangre» de los vizcaínos y prohibía que se vecinasen en el territorio «los que fueren de linaje de judíos y moros» (DIPUTACIÓN DE VIZCAYA. *El Fuero. Privilegios, Franquezas y Libertades del M.N. y M.L. Señorío de Vizcaya*. Bilbao: Publicaciones de la Exma. Diputación Provincial de Vizcaya, 1977, p. 22). Del mismo modo, el Título XLI de las Leyes y Ordenanzas recopiladas de la Provincia de Guipúzcoa se refería a la «limpieza de los caballeros hijos dalgo» de la provincia -Ley Primera- y prohibía la admisión en Guipúzcoa de aquellas personas que no fueran hijodalgo -Ley Segunda- (LÓPEZ DE ZANDATEGUI, C. y CRUZAT, L. *Recopilación de Leyes y Ordenanzas de la M.N. y M.L. Provincia de Guipúzcoa*. Donostia: Publicaciones de la Excm. Diputación Foral de Guipúzcoa, 1983, pp. 175-176).

¹⁴ ASPIAZU ELORZA, J.A. «La sociedad vasca ante la esclavitud...», *op. cit.*, p. 257.

¹⁵ *Ibid.*, p. 257.

ban en cuenta las normas que prohibían tenerlos en suelo vasco»¹⁶. Precisamente, los comerciantes vascos, que habían viajado y vivido en otros lugares donde la esclavitud era una práctica común, intentaron demostrar que la posesión de esclavos no constituía un peligro ni para la convivencia ni para la conservación de la fortaleza vasca¹⁷. En este sentido, la sociedad vasca conoció la presencia de esclavos en su entorno e, incluso, el territorio vasco llegó a servir de tránsito para el transporte de esclavos desde Francia hacia Castilla o Andalucía¹⁸. Al principio, quienes tenían esclavos a su cargo consiguieron desafiar los mandatos de las autoridades; no obstante, a partir del siglo XVII, con la pérdida de poder de los comerciantes, las autoridades aumentaron sus presiones para expulsar a los esclavos del territorio y, en consecuencia, muchos optaron por venderlos y enviarlos fuera del País Vasco¹⁹.

A partir de estos datos, puede confirmarse que la esclavitud forma parte de la Historia del País Vasco, aunque, posiblemente, la presencia de esclavos no fue tan numerosa como en otros territorios. Al hilo de esta última cuestión, CORTÉS LÓPEZ afirma, al referirse a la esclavitud en la Península Ibérica durante el siglo XVI, que «el País Vasco tampoco es una excepción aunque, lógicamente, cada vez que nos adentramos hacia comarcas más al norte el esclavo va apareciendo más raro y escaso»²⁰, particularidad que también recoge VINCENT al señalar que los esclavos eran escasos y poco frecuentes en Galicia, País Vasco, Aragón y Catalunya²¹.

¹⁶ PORRES, R. «De la Hermandad a la Provincia...», *op. cit.*, p. 259.

¹⁷ ASPIAZU ELORZA, J.A. «La sociedad vasca ante la esclavitud...», *op. cit.*, p. 264

¹⁸ ASPIAZU ELORZA, J.A. *Esclavos y traficantes...*, *op. cit.*, pp. 63-65.

¹⁹ ASPIAZU ELORZA, J.A. «La sociedad vasca ante la esclavitud...», *op. cit.*, p. 258 y PORRES, R. «De la Hermandad a la Provincia...», *op. cit.*, p. 259.

²⁰ CORTÉS LÓPEZ, J.L. *La esclavitud negra en la España peninsular del Siglo XVI*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1989, p. 23.

²¹ VINCENT, B. «L esclavage dans la Péninsule ibérique à l'époque moderne», en COTTIAS, M., CUNIN, E. y DE ALMEIDA MENDES, A. (Dirs.). *Les traites et les esclavages. Perspectives historiques et contemporaines*. Paris : Karthala, 2010, p. 75. En esta misma línea,

4. LA IMPLICACIÓN VASCA EN EL COMERCIO TRASATLÁNTICO DE ESCLAVOS

La reprobación de las instituciones vascas a la tenencia de esclavos en el País Vasco no consiguió impedir su presencia en el territorio, siquiera de forma aislada o reducida. Es más, como se ha señalado en el punto anterior, las autoridades solamente se opusieron a la existencia de esclavos en su entorno y no condenaron, sin embargo, la esclavitud y la trata de esclavos. De este modo, la actitud cerrada de las instituciones en relación con los esclavos no supuso, en principio, un obstáculo para que los ciudadanos vascos pudieran involucrarse en el negocio de la trata.

Al hilo de esta última cuestión, distintas obras sostienen que, a partir del siglo XVI, los vascos participaron en la trata de esclavos a América²². Este presupuesto debe situarse en un contexto en el que, por un lado, el comercio constituía una de las actividades económicas más importantes del País Vasco y, por otro lado, numerosos hombres de negocios y marineros vascos se desplazaron a las costas andaluzas, especialmente a Sevilla, para desarrollar esta labor comercial²³. Incluso, ya en el siglo XIV, vizcaínos y guipuzcoanos habrían tomado parte en las expediciones que se organizaron desde Sevilla al archipiélago canario en busca de esclavos²⁴.

véase LIPSKI, J. *A History of Afro-Hispanic Language. Five centuries, five continents*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 43.

²² ASPIAZU ELORZA, J.A. *Esclavos y traficantes...*, *op. cit.*, p. 24; EGAÑA, I. *Mil noticias insólitas del País de los vascos*. Tafalla: Txalaparta, 2001, p. 53; y GARCÍA FUENTES, L. “Los vascos en la Carrera de Indias en la Edad Moderna: una minoría dominante”, en *Temas Americanistas*, 2003, núm. 16, p. 43.

²³ Sobre la presencia de los vascos en Andalucía, consúltense FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. *Comerciantes vascos en Sevilla 1650-1700*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2000 y HEREDIA HERRERA, A. «Los vascos en el Consulado de Sevilla», en ESCOBEDO MANSILLA, R., de ZABALLA BEASCOECHEA, A. y ÁLVAREZ GILA, O. (Eds.). *Comerciantes, mineros y nautas. Los vascos en la Economía americana*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1996, pp. 13-41.

²⁴ EGAÑA, I. *Mil noticias insólitas...*, *op. cit.*, p. 53.

Teniendo en consideración estas observaciones, algunos ciudadanos de origen vasco, entre otros, «Tomás Lazcano, Sancho Ortiz de Urrutia, Diego de Zárate, Martín de Zavala, Lope de Idiáquez, Miguel Martínez de Jauregui, Gregario de Ugarte y A. Urquizu»²⁵, impulsaron el comercio de esclavos africanos a América, del mismo modo que, desde principios del siglo XVI, algunas familias vascas estuvieron involucradas en este negocio.

Precisamente, en los albores del siglo XVI, destaca la pronta implicación de la familia Urrutia, procedente de la villa de Balmaseda, en la trata de esclavos²⁶. En un principio, los hermanos Sancho y Juan Ortiz de Urrutia se dirigieron a Sevilla para iniciar su actividad comercial con el continente americano y, al cabo de un tiempo, a partir de 1523, ampliaron sus actividades y empezaron a comerciar con esclavos. Tras la muerte de Juan ese mismo año, Sancho delegó algunas de las tareas del negocio en manos de su hijo y su sobrino, ambos llamados Juan. Así, junto con las mercancías ordinarias, la familia Urrutia siguió enviando esclavos al continente americano. En especial, Juan de Urrutia, hijo de Juan Ortiz de Urrutia, fomentó activamente la trata de esclavos. En 1526, tras obtener la requerida licencia emitida por Carlos V, envió unos 30-40 esclavos a la Isla de Cubagua para trabajar en las explotaciones perleras; no obstante, al llegar a la isla, el Alcalde, Pedro Ortiz de Matienzo, no les permitió desembarcar y los esclavos fueron enviados a otras islas. En 1527, envió otra nave a Cubagua con unos 30 esclavos y, en esta segunda ocasión, los encarcelaron acusándolos de viajar sin licencia al no haber pagado el almojarifazgo, esto es, el impuesto aduanero. A raíz de estos proble-

²⁵ GARCÍA FUENTES, L. «Los vascos en la Carrera de Indias...», *op. cit.*, pp. 43-44.

²⁶ GÓMEZ PRIETO, J. «Una familia vizcaína en los inicios de la trata de negros en el siglo XVI: los hermanos Urrutia», en ESCOBEDO MANSILLA, R., DE ZABALLA BEASCOECHEA, A. y ÁLVAREZ GILA, O. (Eds.). *Comerciantes, mineros y nautas. Los vascos en la Economía americana*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1996, pp. 191-202 y RONQUILLO RUBIO, M. *Los vascos en Sevilla y su tierra durante los siglos XIII, XIV y XV. Fundamentos de su éxito y permanencia*. Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia, 2004. Para una mayor profundización, consúltese OTTE, E. *Los mercaderes vizcaínos Sancho Ortiz de Urrutia y Juan de Urrutia*. Caracas: Italgáfica, 1964.

mas, Juan de Urrutia dejó de comerciar con Cubagua y emprendió, nuevamente, el comercio con Santo Domingo. Así, en 1530, recogieron 60 esclavos en Cabo Verde rumbo a Puerto Plata en Santo Domingo, aunque, debido a la amplitud de la nave, decidieron enviar 22 esclavos más, estos últimos sin licencia, hecho que le supuso un nuevo juicio. Durante los años posteriores, Juan de Urrutia envió nuevamente, esta vez en asociación con Gonzalo de Ugarte de Markina, diversas partidas de esclavos y, en 1535, también empezó a enviar esclavos a Perú. Hasta su fallecimiento, en 1549, continuó comerciando con América y ya en los años previos a su muerte fue dejando en orden todos sus papeles y negocios. En suma, la familia Urrutia consiguió una gran fortuna de su participación en el comercio americano.

Asimismo, con la formación de grandes compañías en el siglo XVIII, varias de estas empresas, que mantenían un vínculo con el País Vasco, promovieron entre sus misiones la trata de esclavos a América²⁷. Por ejemplo, la Real Compañía Guipuzcoana de Caracas, creada en 1728 por comerciantes vascos y sustentada por la Diputación de Guipúzcoa, intentó fomentar, aunque con limitado éxito, el comercio de esclavos a Caracas²⁸. En esta misma línea, la Real Compañía de Comercio de la Habana, constituida en 1740, entre otros, por los vascos-navarros Martín de Aróstegui, Manuel de Aramburu, Bernardo de Urrutia y Luis de Basave, desarrolló distintas misiones, entre las que destaca el suministro de esclavos a Cuba²⁹. Y, del mismo modo, la Real Compañía Gaditana de Negros, fundada en 1765 y promovida por comerciantes vascos-navarros (en especial, por el

²⁷ GARCÍA FUENTES, L. “Los vascos en la Carrera de Indias...”, *op. cit.*, p. 44.

²⁸ ÁLVAREZ LLANO, R.G. *Historia económica del País Vasco-Navarro. Desde los orígenes hasta comienzos del siglo XXI*. Bilbao: Biblioteca Arellano Isusquiza, 2008, p. 250; DE OTAZU, A. y DÍAZ DE DURANA, J.R. *El espíritu emprendedor de los vascos*. Madrid: Sílex, 2008, pp. 419-438; y GARATE OJANGUREN, M. *La Real Compañía Guipuzcoana de Caracas*. San Sebastián: Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones, 1990, pp. 553-554.

²⁹ ÁLVAREZ LLANO, R.G. *Historia económica del País Vasco-Navarro...*, *op. cit.*, p. 253 y GARCÍA FUENTES, L. “Los vascos en la Carrera de Indias...”, *op. cit.*, p. 44.

vizcaíno Miguel de Uriarte, el guipuzcoano Lorenzo Arístegui y los navarros Francisco de Aguirre y Juan José de Goicoa), se creó exclusivamente para desarrollar el comercio de esclavos con América³⁰.

Ya en el siglo XIX, predomina la figura de Julián de Zulueta y Amondo, de origen vasco, considerado «paradigma del traficante de esclavos»³¹ y «el último gran negrero de Cuba»³². Concretamente, Julián de Zulueta y Amondo nació en Anúcita (Álava) en 1814 y hacia 1832, llamado por su tío paterno Tiburcio de Zulueta y Salcedo, emigró a Cuba donde, primero, trabajó en el comercio de víveres con su tío y, más tardé, empezó a promover varios ingenios azucareros y ferrocarriles. Con la rápida expansión del sistema de ingenios azucareros, Julián de Zulueta y Amondo se introdujo en el comercio de esclavos a través de la casa comercial Zulueta, dirigida por su primo Pedro de Zulueta en Londres³³. Al mismo tiempo, desarrolló una intensa vida social y política ejerciendo distintos cargos públicos como, por ejemplo, el de Alcalde de La Habana. Debido a su implicación en el negocio de la trata, este alavés llegó a convertirse en «el líder de la oligarquía negrera de los años sesenta»³⁴, en un período en el que comenzaba a expandirse un sentimiento internacional contra la esclavitud y la trata de esclavos.

³⁰ ÁLVAREZ LLANO, R.G. *Historia económica del País Vasco-Navarro...*, op. cit., p. 253 y TORRES RAMÍREZ, B. *La Compañía gaditana de negros*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, 1973, p. 45.

³¹ ARRIETA RODRÍGUEZ, A.M. *La emigración alavesa a América en el siglo XIX (1800-1900)*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1992, pp. 115.

³² THOMAS, H. *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*. Barcelona: Planeta, 1998, p. 7.

³³ APAOLAZA ÁVILA, U. “Un análisis sobre la historiografía en torno al alavés Julián de Zulueta y Amondo”, en *Sancho el Sabio: Revista de cultura e investigación vasca*, 2003, núm. 18, pp. 121-141; ARRIETA RODRÍGUEZ, A.M. *La emigración alavesa...*, op. cit., pp. 115-116; y ARROZARRENA, C. *El robe y la ceiba. Historia de los vascos en Cuba*. Tafalla: Txalaparta, 2003, p. 163.

³⁴ ARRIETA RODRÍGUEZ, A.M. *La emigración alavesa...*, op. cit., p. 116.

En esta época tardía, previa a la abolición de la esclavitud y la trata, también sobresalen las actividades del reputado comerciante José Antonio Ybarra de los Santos, originario de Muskiz, quien en el verano de 1833 organizó su primera expedición para enviar esclavos a Cuba³⁵. En la misma participaron, también, Ángel Elorriaga, de Santurce, como capitán de la embarcación, José Félix de Latasa, vecino de San Sebastián, y Martín Belarra, sobrino de Jose Félix de Latasa. En esta primera expedición, en la que se transportaron alrededor de setecientos esclavos a Cuba, Ybarra obtuvo enormes beneficios económicos, lo que le impulsó a preparar un segundo viaje. Sin embargo, en esta segunda ocasión, la expedición fracasó ya que los ingleses capturaron la embarcación y confiscaron todo el cargamento, incluidos los esclavos.

5. CONCLUSIONES

Una vez realizada esta breve aproximación al interrogante planteado en la introducción, a continuación se exponen las conclusiones más significativas, dejando las puertas abiertas a futuras investigaciones que aborden con mayor profundidad esta materia.

Primera. La participación vasca en la trata de esclavos africanos a América durante la Edad Moderna ha constituido, durante siglos, un enigma en la Historia del País Vasco. Como ya se ha dejado constancia, la opacidad del tema puede haber derivado de la postura prohibicionista que mantuvieron las autoridades vascas en relación con la presencia de esclavos en suelo vasco. Ahora bien, las discordancias entre la documentación institucional y la no institucional evidencian una posible contradicción entre los principios institucionales y la realidad cotidiana. De este modo, la esclavitud

³⁵ RODRIGO Y ALHARILLA, M. «Spanish merchants and the slave trade. From Legality to Illegality, 1814-1870», en FRADERA, J.M. y SCHMIDT-NOWARA, C. (Eds.). *Slavery and Antislavery in Spain's Atlantic Empire*. Oxford, Nueva York: Berghahn Books, 2013, pp. 190-191.

habría estado presente en la Historia vasca, aunque es posible que el número de esclavos no fuera tan abundante como en otras regiones.

Segunda. La reticencia de las instituciones vascas a la tenencia de esclavos en el País Vasco se fundamentaba en la creencia de que la mezcla con grupos extraños conllevaría la debilitación del pueblo vasco. De esta posición se deduce que, en consonancia con el pensamiento de la época, las autoridades no se oponían ni a la esclavitud como institución ni a la trata de esclavos, por lo que sus impedimentos oficiales no afectaban a la participación de la sociedad vasca en el comercio de esclavos a América.

Tercera. La ubicación geográfica del País Vasco, la importancia del comercio en la vida vasca y la presencia de comerciantes vascos en el Sur de la península hacen difícil creer que los mercaderes vascos no tuvieran ningún tipo de vinculación con la trata trasatlántica de esclavos africanos. En relación con esta incógnita, tal y como ha quedado reflejado en el punto cuarto, diversos estudios históricos relatan la implicación de ciudadanos vascos e, incluso, de familias vascas en este negocio.

Cuarta. La participación de mercaderes vascos en el comercio de esclavos africanos a América entre los siglos XVI y XVIII parece una realidad incontestable. Ahora bien, teniendo en consideración las escasas referencias históricas existentes, no puede afirmarse si ésta constituyó una práctica habitual en el seno de la sociedad vasca o, por el contrario, un hecho aislado y poco frecuente.

6. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LLANO, R.G. *Historia económica del País Vasco-Navarro. Desde los orígenes hasta comienzos del siglo XXI*. Bilbao: Biblioteca Arellano Isusquiza, 2008.

APAOLAZA ÁVILA, U. “Un análisis sobre la historiografía en torno al alavés Julián de Zulueta y Amondo”, en *Sancho el Sabio: Revista de cultura e investigación vasca*, 2003, núm. 18.

ARRIETA RODRÍGUEZ, A.M. *La emigración alavesa a América en el siglo XIX (1800-1900)*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1992.

ARROZARRENA, C. *El roble y la ceiba. Historia de los vascos en Cuba*. Tafalla: Txalaparta, 2003.

ASPIAZU ELORZA, J.A. *Esclavos y traficantes. Historias ocultas del País Vasco*. Donostia: Tarttalo, 1997.

— «La sociedad vasca ante la esclavitud: mentalidades y actitudes», en GONZÁLEZ MÍNGUEZ, C., BAZÁN DÍAZ, I., y REGUERA, I. (Eds.). *Marginación y exclusión social en el País Vasco*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1999.

BAROJA, P. *Los pilotos de altura*. Barcelona: Planeta, 1966.

CARO BAROJA, J. *Introducción a la Historia Social y Económica del Pueblo Vasco*. Donostia: Txertoa, 1980, Segunda Edición.

CORTÉS LÓPEZ, J.L. *La esclavitud negra en la España peninsular del Siglo XVI*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1989.

DE OTAZU, A. y DÍAZ DE DURANA, J.R. *El espíritu emprendedor de los vascos*. Madrid: Sílex, 2008.

DIPUTACIÓN DE VIZCAYA. *El Fuero. Privilegios, Franquezas y Libertades del M.N. y M.L. Señorío de Vizcaya*. Bilbao: Publicaciones de la Exma. Diputación Provincial de Vizcaya, 1977.

DOMÍNGUEZ ORTÍZ, A. «La esclavitud en Castilla durante la Edad Moderna», en VIÑAS Y MEY, C. (Dir.). *Estudios de Historia Social de España*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1952.

EGAÑA, I. *Mil noticias insólitas del País de los vascos*. Tafalla: Txalaparta, 2001.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. *Comerciantes vascos en Sevilla 1650-1700*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2000.

GARATE OJANGUREN, M. *La Real Compañía Guipuzcoana de Caracas*. San Sebastián: Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones, 1990.

GARCÍA FUENTES, L. «Los vascos en la Carrera de Indias en la Edad Moderna: una minoría dominante», en *Temas Americanistas*, 2003, núm. 16.

GÓMEZ PRIETO, J. «Una familia vizcaína en los inicios de la trata de negros en el siglo XVI: los hermanos Urrutia», en ESCOBEDO MANSILLA, R., DE ZABALLA BEASCOECHEA, A. y ÁLVAREZ GILA, O. (Eds.). *Comerciantes, mineros y nautas. Los vascos en la Economía americana*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1996.

HEREDIA HERRERA, A. «Los vascos en el Consulado de Sevilla», en ESCOBEDO MANSILLA, R., de ZABALLA BEASCOECHEA, A. y ÁLVAREZ GILA, O. (Eds.). *Comerciantes, mineros y nautas. Los vascos en la Economía americana*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1996.

LIPSKI, J. *A History of Afro-Hispanic Language. Five centuries, five continents*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

LÓPEZ DE ZANDATEGUI, C. y CRUZAT, L. *Recopilación de Leyes y Ordenanzas de la M.N. y M.L. Provincia de Guipúzcoa*. Donostia: Publicaciones de la Excma. Diputación Foral de Guipúzcoa, 1983.

MARTÍN CASARES, A. *La esclavitud en la Granada del Siglo XVI*. Granada: Universidad de Granada y Diputación Provincial de Granada, 2000.

MAURA, J.F. *Españolas de ultramar en la historia y en la literatura*. Valencia: Colección Parmaseo-Publicaciones de la Universitat de València, 2005.

OTTE, E. *Los mercaderes vizcaínos Sancho Ortiz de Urrutia y Juan de Urrutia*. Caracas: Italgráfica, 1964.

PHILLIPS, W.D. *Historia de la esclavitud en España*. Madrid: Playor, 1990.

PORRES, R. «De la Hermandad a la Provincia (siglos XVI-XVIII)», en RIVERA, A. (Dir.). *Historia de Álava*. Donostia: Nerea, 2003.

RODRIGO Y ALHARILLA, M. «Spanish merchants and the slave trade. From Legality to Illegality, 1814-1870», en FRADERA, J.M. y SCHMIDT-NOWARA, C. (Eds.). *Slavery and Antislavery in Spain s Atlantic Empire*. Oxford, Nueva York: Berghahn Books, 2013.

RONQUILLO RUBIO, M. *Los vascos en Sevilla y su tierra durante los siglos XIII, XIV y XV. Fundamentos de su éxito y permanencia*. Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia, 2004.

THOMAS, H. *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*. Barcelona: Planeta, 1998.

TORRES RAMIREZ, B. *La Compañía gaditana de negros*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, 1973.

VINCENT, B. «L'esclavage dans la Péninsule ibérique à l'époque moderne», en COTTIAS, M., CUNIN, E. y DE ALMEIDA MENDES, A. (Dirs.). *Les traites et les esclavages. Perspectives historiques et contemporaines*. Paris : Karthala, 2010.

El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: Una nueva modalidad de reducción de jornada

AIDA LLAMOSAS TRÁPAGA

Colaboradora del grupo de investigación de la Universidad de Deusto reconocido por el Gobierno Vasco «Cooperativismo, fiscalidad, relaciones laborales y protección social»

La prestación por cuidado de hijos con cáncer u otras enfermedades graves no puede considerarse como una prestación totalmente innovadora, puesto que la necesidad de regular las ausencias al trabajo por motivos de fuerza mayor que se encontraban relacionados con enfermedades o accidentes de familiares ya se recogían en el Acuerdo Marco sobre permiso parental de 18 de junio de 2009, Acuerdo que finalmente se aplicó a través de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010¹.

En dicha normativa, y más concretamente a través de su artículo 7, se establecía que «los Estados miembros o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador».

Así, mediante la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado 2011 (LPGE)², se introdujeron una serie de premisas dirigidas a los progenitores, adoptantes o acogedores de menores afectados por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave³.

¹ DOUE L 68/13 de 18 de marzo de 2010.

² BOE de 23 de diciembre del 2010. Núm. 311.

³ La LPGE amplía su acción protectora incorporando al ordenamiento jurídico una prestación económica destinada a los progenitores, adoptantes o acogedores que reducen su jornada de trabajo para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Resulta necesario «resaltar que en España se diagnostican, aproximadamente mil trescientos niños y adolescentes (0-18) al año con cáncer. Una enfermedad que puede curarse en el sesenta y ocho por ciento de los casos, pero que afecta gravemente la vida del niño y de su entorno familiar y social. Bajo este contexto, es necesario reconocer a los padres a cuyo cargo hay menores que sufren enfermedades graves el que puedan disponer de una reducción de jornada que cuente con la protección de una prestación económica de la Seguridad Social» (KAHALE CARRILLO, D.J. La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. En *Temas Laborales*, 2011, núm. 112, p. 367).

A través de las mismas se estableció una nueva prestación en la Seguridad Social⁴, que se fundamentaba en una nueva forma de reducción de jornada en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET)⁵.

Ciertamente, en España, hasta el 2010 no se preveía ningún derecho que hiciese alusión a esta problemática, esto es, no existía prestación remunerada alguna que posibilitase a los trabajadores faltar a su puesto de trabajo para poder atender las necesidades de sus hijos afectados por alguna enfermedad de carácter grave.

Por ello, las personas que se encontraban en una situación como la que ahora se ha venido a proteger, al no encontrar una prestación específica que les amparase, hacían uso de otras posibilidades contempladas en el propio TRLET⁶.

La primera posibilidad que podía plantearse era la reducción de jornada contemplada en el artículo 37.5 del TRLET, esto es, que aquellas personas que «por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria».

Evidentemente, esta reducción de jornada llevaba aparejada una disminución proporcional del salario, por lo que desde un punto de vista

⁴ (Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave). BOE de 30 de julio de 2011. Núm. 182.

⁵ El artículo 2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) dispone que el sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad. Bajo este contexto, el Real Decreto 1148/2011 establece que dicha prestación, tendrá naturaleza de subsidio. Por consiguiente, no se considere como una pensión propiamente, sino como un subsidio, dado su naturaleza temporal.

⁶ BOE de 29 de marzo de 1995. Núm. 75.

económico no resultaba una opción muy viable. Además, es necesario tener en cuenta que la propia legislación, para acogerse a la misma, establece una serie de criterios muy específicos, como, por ejemplo, la edad del menor, por lo que de no cumplirse los mismos esta reducción de jornada ni siquiera podía considerarse como una opción.

Una segunda posibilidad podía ser la de acceder a una excedencia voluntaria contemplada en el artículo 46.2 del TRLET.

Pero para ello es necesario cumplir con los requisitos que se establecen a tales efectos, como son: una antigüedad mínima de un año y respetar un periodo de espera de cuatro años para el disfrute de una nueva excedencia.

Si en el caso anterior la reducción de jornada supone una reducción proporcional del salario, en el caso que nos ocupa ahora el trabajador no recibe retribución alguna y en el momento en el que desee reincorporarse a su puesto de trabajo solo ostentará un derecho preferente frente a otros en las vacantes de igual o similar categoría a la suya, pero en ningún momento tendría asegurada su vuelta.

Por ello, la creación de esta nueva modalidad de reducción de jornada ha supuesto que muchos casos que antes no encontraban cabida dentro del sistema de cobertura social, ahora puedan acceder al mismo.

En definitiva, ¿Qué supone esta reducción de jornada?

Se trata de un subsidio que se reconoce en favor de uno de los progenitores, adoptantes o acogedores, siempre y cuando ambos trabajen, por la reducción de la jornada de trabajo que se produce para el cuidado del menor que se encuentre a su cargo, cuando se requiera un ingreso hospitalario de larga duración por encontrarse dicho menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave.

Por tanto, como puede verse esta nueva fórmula posee un mayor alcance:

1.- La mitad de la jornada, que en el caso de la reducción de jornada general supone el tope máximo de la reducción, en el caso de la reducción de jornada por cuidado de hijo enfermo supone el tope mínimo.

2.- No se establece un tope máximo en relación a la reducción, por lo no parece que exista ningún inconveniente para reducirla en su totalidad, a pesar de que ello supondría no estar ante una reducción de jornada sino más bien una suspensión del contrato⁷.

En cualquier caso es necesario atender a una serie de premisas que se establecen en torno a esta figura:

El trabajador que quiera acceder a esta reducción debe ser progenitor, adoptante o acogedor con carácter preadoptivo o permanente de un menor, y el mismo debe estar a su cargo.

Que el menor se encuentre afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente.

No deja de resultar en cierto modo curioso el hecho de que en el momento de la redacción se haga alusión, de forma especialmente significativa, al cáncer, ya que el legislador habla de esta enfermedad en concreto, para de forma posterior añadir cualquier otra enfermedad grave.

Resulta evidente que el cáncer es una enfermedad grave, por lo que, sin duda alguna, quedaría incluido en el ámbito de protección de esta prestación. Sin embargo, se ha querido hacer alusión, de forma directa y plenamente consciente, tratando de resaltar dicha dolencia frente a las demás.

⁷ En este mismo sentido se pronuncia MELLA MÉNDEZ cuando entiende que «aunque el legislador no lo aclara expresamente, la reducción de jornada nunca podrá superar el máximo del 99,99% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Por lo tanto, un mínimo de actividad laboral —aun anecdótica— siempre tiene que existir, pues, en caso contrario, se estaría jurídicamente ante una excedencia o suspensión del contrato de trabajo» (MELLA MÉNDEZ, L. El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: análisis crítico de la regulación laboral y de seguridad social. En *Relaciones Laborales*, 2013, núm. 1, p. 6).

En referencia al resto de las enfermedades, las mismas se recogen en el anexo del Real Decreto 1148/2011, determinando cuales de ellas serían objeto de protección.

Se trata de una lista «*numerus clausus*» pero que en cualquier caso resulta amplia y generosa y, además se dispone que «el Ministro de Trabajo e Inmigración podrá acordar, mediante orden ministerial, la incorporación de nuevas enfermedades al listado de enfermedades consideradas graves que figuran en el anexo de este real decreto, cuando, previos los estudios e informes correspondientes, se trate de enfermedades graves que requieran el cuidado directo, continuo y permanente del menor por los progenitores, adoptantes y acogedores, durante su ingreso hospitalario, de larga duración, y tratamiento continuado de la enfermedad»⁸.

Al mismo tiempo, este precepto exige que se trate de un ingreso de larga duración, ya que, normalmente, cuando se trata de un ingreso hospitalario que requiere de un tiempo significativo, ello suele suponer que el tratamiento al que se está sometiendo la persona es un tratamiento severo y fatigoso.

En cualquier caso, la normativa no hace especificación alguna en lo que al tiempo se refiere, y no establece ningún tipo de máximo o mínimo al respecto, mencionando, únicamente, que entiende como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio, tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave⁹.

Tras esta aclaración, por lo tanto, no parece que exista ningún problema en admitir que parte del tratamiento o de los cuidados necesarios pueden recibirse en casa, siempre que, de forma previa, se haya procedido a un diagnóstico facultativo y un ingreso hospitalario¹⁰.

⁸ KAHALE CARRILLO, DJ. *Op. Cit.* p. 375.

⁹ Artículo 2.1 del Real Decreto 1148/2011.

¹⁰ En palabras de MELLA MÉNDEZ «aunque el legislador sólo alude al domicilio familiar como lugar alternativo para seguir recibiendo cuidados, no parece existir problema en

Además, es necesario que el cuidado que se presta al menor sea directo, continuo y permanente.

Se trata de que el progenitor, de forma personal, cuide del menor y que, por ende, tenga una total implicación respecto del tratamiento que se le está proporcionando, asumiendo la responsabilidad de todo lo que ello conlleva.

A pesar de este cuidado personal, no existe impedimento para que el progenitor cuente con la ayuda de personas especializadas para llevar a cabo ciertas tareas, de lo que se trata es de que este personal especializado no asuma la responsabilidad principal, sino que se trate únicamente de un apoyo a la labor realizada por el progenitor porque así sea necesario para el tratamiento y el bienestar del menor.

Ciertamente, esta reducción de jornada está indicada para que el progenitor que haga uso de ella pueda atender al menor enfermo, si relega esa tarea en una tercera persona, en ese caso esta prestación carecería de sentido alguno.

El cuidado, como se mencionaba previamente, debe ser continuo y permanente.

Cuando se hace alusión al termino continuo a lo que se está haciendo realmente referencia es al hecho de que la atención no solo puede limitarse a un momento concreto, como puede ser el suministro de un medicamento, o la llevanza a cabo de una tarea concreta, sino que esa atención se debe extender a toda la parte de jornada que haya sido reducida.

En lo que se refiere al cuidado permanente, dicha permanencia se haría extensible por todo el periodo del que se disfruta de la reducción de jornada.

admitir otro similar (v.gr., otra vivienda familiar mejor acondicionada o un centro privado), siempre y cuando ello repercuta positivamente en el cuidado y recuperación del menor. En caso de duda, parece oportuno consultar a los facultativos» (MELLA MÉNDEZ, L. *Op. Cit.* p. 12).

Pero para que pueda optarse a esta reducción de forma efectiva, la normativa exige que se acrediten dos elementos que pueden ser considerados como fundamentales:

- 1.- Acreditar la existencia de un cáncer o una enfermedad grave que requiera de un periodo largo de hospitalización.
- 2.- Acreditar la necesidad de un cuidado continuo, permanente y directo.

Para ello se requiere de un informe médico en el que de forma expresa se indique cual es la enfermedad, atendiendo además a los códigos que aparecen en el listado de enfermedades reconocidas en el propio Real Decreto, si resulta necesario un periodo de hospitalización, la fecha de inicio y la duración aproximada del mismo, así como la posibilidad de continuar el tratamiento fuera del propio centro médico si las circunstancias así lo possibilitasen.

Asimismo, debe recordarse que la prestación alude a los hijos menores de edad, por lo que en ningún caso puede rebasarse el límite de 18 años, ni siquiera cuando exista una discapacidad. Además, si durante el disfrute de la reducción de jornada el menor enfermo cumple la mayoría de edad dicha reducción queda extinguida.

Pero, exactamente, ¿quiénes pueden ser los beneficiarios de esta prestación?

La normativa establece algunas premisas:

- 1.- Los trabajadores, por cuenta ajena y por cuenta propia que se encuentren en la situación protegida.
- 2.- Los trabajadores deben estar afiliados y en situación de alta en la Seguridad Social, sea en el régimen general o en el régimen especial¹¹.
- 3.- Deben acreditar la cotización mínima exigida.

¹¹ A este respecto señala KAHALE CARRILLO que «la exigencia requerida de estar afiliado y en alta se entenderá cumplido en los supuestos en que la persona progenitora, adop-

Respecto de la exigencia de que ambos progenitores trabajen (estén afiliados y en situación de alta en la Seguridad Social) la misma suscita quizás más dudas que las premisas anteriores.

Y es que a pesar de la exigencia de que ambos progenitores se encuentren trabajando y cumplan todos los requisitos que prevé la normativa la prestación solo se le podrá conceder a uno de ellos, independientemente del número de menores que se encuentren afectados por la enfermedad.

Por lo tanto, si ambos progenitores cumplen con las condiciones necesarias para poder percibir la prestación serán ellos mismos los que deberán decidir quién de los dos accede a la misma.

No obstante, al tratarse de un derecho que a pesar de estar limitado únicamente a uno de ellos, ambos pueden tener interés en ejercitarlo, la normativa ha previsto que pueda darse el disfrute compartido del mismo, alternándose los progenitores en el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes.

Los progenitores podrán decidir o pactar dicha alternancia en el momento que consideren más oportuno mientras dure la prestación. No se exige ningún requisito de forma para dicho acuerdo y la duración del subsidio para cada uno de ellos será la acordada por las partes, aunque la normativa establece un periodo mínimo de disfrute de un mes para cada uno de ellos, por lo que el tiempo nunca podrá ser inferior a dicha cifra, pero si igual o superior.

Para poder acceder al subsidio correspondiente a la reducción de jornada por cuidado de hijo enfermo es necesario, que al margen de los requisitos y de las premisas que se han expuesto en las líneas precedentes se cumpla con lo establecido en el artículo 135 del TRLGSS.

tante o acogedora del menor, que no sea beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un Convenio Especial en el sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social» (KAHALE CARRILLO, D.J. *Op. Cit.* p. 378).

Dicho artículo lo único que establece es que «se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad contributiva».

Efectivamente, en el propio artículo 5 del Real Decreto 1148/2011 se recogen los periodos de carencia exigidos, y para ello se reproducen de forma exacta aquellos que hacen referencia a la prestación por maternidad.

Vienen a diferenciarse tres situaciones, en función de la edad del trabajador en el momento de proceder a la reducción de jornada:

- 1.- Si el trabajador tiene menos de 21 años, en ese caso no se requiere acreditar ningún tipo de cotización.
- 2.- Si el trabajador se halla entre los 21 y los 26 años (que no se hayan cumplido aún) se exigen 90 días de cotización en los 7 años inmediatamente anteriores o, de forma alternativa 180 días a lo largo de su vida laboral.
- 3.- Si el trabajador tiene 26 años son necesarios 180 días en el mismo periodo que el anterior, es decir, 7 años inmediatamente anteriores o, de alternativamente 360 días a lo largo de su vida laboral.

En aquellos casos en los que el posible beneficiario de la prestación fuese un trabajador a tiempo parcial, el periodo de tiempo que se indica como referencia para poder computar la carencia, esto es, 7 años, se incrementara en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual de la actividad que corresponda en cada caso, para poder reparar la desventaja que supondría para un trabajador a tiempo parcial la aplicación de una normativa pensada para un trabajador a tiempo completo.

Cuando se trate de un trabajador por cuenta propia el reconocimiento de la prestación quedaría condicionada a que el mismo se hallase al corriente en el pago de las correspondientes cuotas a la Seguridad Social.

En referencia a los trabajadores que se encuentran en los Regímenes Especiales¹², la disposición adicional 8ª del TRLGSS incluye el artículo 135 entre aquellos que resultan de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena de dichos regímenes en los términos y condiciones que se establezcan de forma reglamentaria. Por lo que la prestación por cuidado de hijo enfermo dependerá de las condiciones que se establezcan mediante desarrollo reglamentario.

En el supuesto de que los progenitores que pretenden acogerse a esta medida sean funcionarios la situación varía respecto de la del resto de los trabajadores, puesto que en su caso a pesar de que el hecho causante sea el mismo, no va a considerarse como un derecho a una posible reducción de jornada, sino de un permiso de carácter retribuido que se encuentra entre los permisos reconocidos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por violencia de género¹³.

Efectivamente, se concederá un permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave al personal de la administración pública siempre que ambos progenitores, adoptantes o acogedores trabajen.

El funcionario que solicite dicha prestación percibirá las retribuciones con cargo a los presupuestos de la entidad o del órgano donde venga prestando sus servicios.

Si se produjese el caso de que ambos progenitores, adoptantes o acogedores prestasen servicio en la misma entidad u órgano, este último podría limitar el ejercicio simultáneo del derecho por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio.

¹² Es necesario recordar, como bien hace KAHALE CARRILLO que «el subsidio será de aplicación a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social, sin más particularidades que las que expresamente se indican en el RD 1148/2011. Con la salvedad que no será de aplicación al personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que se regirá por lo previsto en el artículo 49.e) de dicha Ley» (KAHALE CARRILLO, D.J. *Op. Cit.* p. 370).

¹³ Artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE de 13 de abril de 2007. Núm. 89.

En cualquier caso, el permiso que se concede en favor de los trabajadores de la Administración Pública se regulará por las normas de la Función Pública que se dicten al respecto, teniendo siempre en consideración aquellas promulgadas por las propias Comunidades Autónomas.

En los casos de pluriactividad, esto es, aquellos trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, que lleven a cabo actividades que den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del sistema de Seguridad Social, el subsidio podrá recibirse siempre y cuando se reúnan los requisitos para tales efectos.

Si la persona trabajadora acredita cumplir las condiciones necesarias para poder acceder a la prestación en uno de los regímenes a los que se encuentra sujeto, se le reconocerá un único subsidio, computando, únicamente, las cotizaciones que hayan sido realizadas a dicho régimen.

Si por el contrario, en ninguno de los regímenes en los que se encuentra inserto el trabajador se reuniesen los requisitos necesarios para acceder al subsidio, se procederá a totalizar las cotizaciones llevadas a cabo en todos los regímenes siempre y cuando las mismas no se superpongan, y el subsidio será reconocido por el régimen en el que se puedan acreditar más días de cotización.

Respecto de los trabajadores, por cuenta ajena, que prestan sus servicios en favor de dos o más empresarios, y en actividades que dan lugar a su alta obligatoria en un mismo régimen de la Seguridad Social, el reconocimiento del subsidio se realizará en proporción al porcentaje de reducción que suponga el total de la jornada de trabajo en las distintas actividades, para lo que se tendrán en cuenta las bases de cotización que correspondan a cada una de las actividades que se llevan a cabo.

Por su parte, y en cuanto a los trabajadores a tiempo parcial, podría surgir la duda de si los mismos tienen derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijo afectado por cáncer u otra enfermedad grave.

Pues bien, no existe inconveniente alguno en reconocer tal derecho siempre y cuando los mencionados trabajadores reduzcan su jornada en al menos un cien por cien, por lo que se les reconocerá el subsidio en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras.

En referencia a la reducción, la misma se entenderá referida a una jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo que sea comparable, de la misma empresa y que lleve a cabo un trabajo que si no idéntico sea similar.

Además, es necesario subrayar que dicha reducción deberá computarse sin tomar en consideración el disfrute de otras posibles reducciones de jornada del trabajador a tiempo parcial.

Una vez que los trabajadores se encuentren disfrutando de esta prestación la normativa establece cuales son los presupuestos que supondrían la extinción de la misma, y al mismo tiempo, observa dos casos concretos en los que el subsidio económico quedaría en suspenso.

Se analizarán en primer lugar estos dos últimos supuestos.

El primero de ellos hace referencia a la suspensión del contrato de trabajo de la persona que se encuentre cuidando al menor.

La prestación que se está analizando resulta clara en su fundamentación. Se trata de un trabajador que reduce su jornada de trabajo para poder prestar la atención debida a su hijo enfermo, como por ello sufre un perjuicio económico de los que trata es de compensar el mismo.

Evidentemente, si la relación laboral de ese trabajador queda en suspenso no se produce la premisa anterior por lo cual no tendría ningún sentido mantener el subsidio.

No obstante, la normativa ha establecido una regla especial indicando que cuando, por motivos de salud, la persona que se hacía cargo del menor no pueda atenderle y se encuentre en situación de incapacidad temporal o en periodo de descanso obligatorio de maternidad por nacimiento de

un nuevo hijo, podrá reconocerse un nuevo subsidio por cuidado de menores a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora, siempre que esa persona, de forma individual, reúna los requisitos necesarios para ello.

Es necesario tener en cuenta que en este tipo de supuestos no estamos ante dos derechos diferenciados, no se trata de un derecho delegado o de una prestación compartida, por lo que si el otro progenitor no cumple con los requisitos que se exigen para acceder a este subsidio no podrá hacer uso de esta prestación, por lo que si decide reducir su jornada laboral para atender al menor no recibirá compensación económica por ello.

El segundo de los casos en los que el subsidio económico quedaría en suspenso es cuando los progenitores, junto con sus respectivos empresarios, pacten la alternancia del disfrute de la prestación.

Evidentemente, mientras uno de ellos disfruta del derecho el del otro quedará en suspenso.

En el caso de la extinción de la prestación la normativa indica una serie de supuestos que son los siguientes:

- 1.- Que no sea necesario el cuidado directo, continuo y permanente del menor, sea porque la situación del menor ha mejorado o porque se ha obtenido el alta médica por curación de la enfermedad. En este último caso sería necesario el correspondiente informe médico.
- 2.- Que el menor enfermo cumpla la mayoría de edad.
- 3.- Que cese la actividad laboral de cualquiera de los dos progenitores. En este caso, al reanudarse la misma también podría reanudarse la prestación si se dan los requisitos.
- 4.- La reanudación total de la actividad laboral o la reincorporación plena al trabajo de la persona beneficiaria de la prestación, si se trata de un autónomo, con independencia de la causa que alegue para volver a prestar servicios a jornada completa.
- 5.- El fallecimiento del menor enfermo o de su cuidador.

En síntesis, puede decirse que a pesar de las limitaciones que presenta, esta nueva prestación viene a responder a una creciente demanda social que, cada vez con mayor fuerza, requiere de nuevos instrumentos que hagan posible la conciliación de la vida laboral y familiar dando la posibilidad a los progenitores de atender y acompañar a sus hijos menores cuando los mismos se encuentran afectados por enfermedades graves, que en la mayoría de las ocasiones suponen un proceso muy doloroso.

A través de esta nueva figura se posibilita que los trabajadores no tengan que acogerse a otras alternativas existentes en el ordenamiento laboral, como son las excedencias, que si bien se presentaban como una posibilidad redundaban de forma negativa en los trabajadores en primer lugar por la falta de ingresos que ello suponía y en segundo lugar, porque al abandonar el puesto de trabajo no existía garantía alguna de poder retomar el mismo al cesar la enfermedad del menor.

De ese modo se posibilita también, que los trabajadores no acudan a fórmulas más imaginativas y forzadas, como la incapacidad temporal, que nada tienen que ver con la situación y que ciertamente, no resultarían lícitas.

En cualquier caso, y a pesar del acierto de la creación de esta prestación se dan dos circunstancias que resultan llamativas.

En primer lugar el hecho de que ambos progenitores tengan que trabajar y cumplir una serie de requisitos establecidos cuando solo uno de ellos puede optar por acogerse al subsidio, o en caso de acogerse ambos hacerlo de manera alternativa.

Resulta evidente que si uno de los progenitores no trabaja podría ocuparse del menor enfermo, y por tanto aquél recibiría el cuidado directo, continuo y permanente que ha sido mencionado ya previamente en tantas ocasiones.

Sin embargo, también resulta lógico pensar que el otro progenitor, es decir, aquel que se encuentra trabajando, quiera estar y atender a su hijo en una situación que reviste tal gravedad.

En segundo lugar, debe destacarse el hecho de que la prestación no sea más generosa en aquellos casos en los que haya más de un menor afectado, ya que la misma no contempla diferentes condiciones en el desafortunado caso en el que los hijos menores afectados sean más de uno.

Estructura internacional del Señorío en la cartografía histórica de Bizkaia

RAMÓN DE OLEAGA PÁRAMO

Abogado

SUMARIO: 1.-INTRODUCCIÓN. JAVIER DE OLEAGA: UNA VISIÓN MÁS ALLÁ DEL DERECHO PRIVADO. 2.-ALGUNOS EJEMPLOS DE CARTOGRAFÍA DE LAS INSTITUCIONES DE BIZKAIA. 2.1.- EL MAPA DE VIZCAYA DE TOMÁS LÓPEZ. 2.2.- LOS PRIMEROS ARTÍFICES BIZKAINOS

1. INTRODUCCIÓN. JAVIER DE OLEAGA: UNA VISIÓN MÁS ALLÁ DEL DERECHO PRIVADO

Lo cierto es que los intereses de Javier de Oleaga fueron algo más variados de lo que generalmente se le supone en el ámbito de esta Institución. Recordaremos a mi padre por el impulso y colaboración con distintas asociaciones culturales del País. Intervino activamente en muchas de ellas y particularmente en la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País y en esta Academia Vasca de Derecho que le era tan querida y en la que, más allá de su aportación como Secretario de la misma se le recordará por sus trabajos en el campo del derecho privado vizcaíno y vasco en general. En este punto cuento con la ventaja de la familiaridad, lo que me permite desvelar un rasgo que mi padre raramente mencionaba: sus primeros estudios jurídicos no estuvieron dirigidos a este ámbito de las relaciones privadas sino, por el contrario, se preocuparon del entramado ‘público’ de nuestro territorio. Efectivamente, en enero de 1954 concluye el trabajo que titula ‘Estructura Política de Vizcaya en Régimen de Señorío’, en el que repasa el grado de respeto de los Fueros por parte de los Señores de Vizcaya y Reyes de España, al tiempo que nos ofrece un cuadro de la organización de los distintos poderes en el Señorío.

Lector impenitente y poseedor de una magnífica biblioteca centrada fundamentalmente en la temática vasca, siempre le llamó la atención, más allá de su profesión jurídica, todo lo relacionado con la Historia. Por ello me ha parecido apropiado dedicarle un pequeño trabajo en el que se conjuguen esta serie de intereses: el País, el Derecho en su vertiente Pública y la Historia.

Por ‘País’ en este caso me circunscribiré a Bizkaia, pues Javier de Oleaga se sentía, en mi opinión muy por encima de otras opciones, como ‘vizcaíno’. El ámbito del derecho, como ya va dicho, es el público si bien desde una perspectiva gráfica: la serie de representaciones del territorio que recojan el entramado territorial del Señorío, que reflejen las distinciones entre los mismos y la calidad de las diversas entidades de población. Y en el aspecto histórico me retrotraeré a mostrar distintos ejemplos en el tiempo hasta el momento de la abolición foral.

El propósito de esta pequeña aportación, en cualquier caso, no es el análisis pormenorizado de los materiales sino el de presentar ante los estudiosos de esta realidad distintos ejemplos que me han salido al paso con ocasión de una indagación más amplia sobre la cartografía histórica del territorio y que para el propósito que aquí nos ocupa vienen a dar respuesta gráfica a la estructura de Derecho Público del Señorío.

2. ALGUNOS EJEMPLOS DE CARTOGRAFÍA DE LAS INSTITUCIONES DE BIZKAIA

De la representación gráfica del territorio vizcaíno poseemos ejemplos desde finales del siglo XVI, si bien inserto en espacios más amplios abarcando no sólo Euskalherria sino los territorios limítrofes, hasta las Landas y Asturias en la costa y bien adentrados en Castilla, en el interior. En cualquier caso, en estas primeras representaciones se rotulan un número escaso de entidades de población, geográficamente mal ubicadas en muchas ocasiones, y en absoluto se atiende a la división administrativa del territorio¹. Como excepción contamos con un ejemplo aislado en la

¹ El lector interesado en esta materia, desde el punto de vista exclusivamente de la cartografía histórica, puede consultar OLEAGA, Ramón,- “Representación histórica de los territorios y lugares de Euskal Herria” en *Historia de Euskal Herria* Vol. 1, pp. 55-184. San Sebastián, Editorial Lur, 2004. A lo largo de 2014 la Diputación Foral de Bizkaia publicará un trabajo de esta naturaleza centrado en el territorio Bizkaino.

obra manuscrita de Texeira, de 1634 y custodiado hoy en día en la Biblioteca de Viena, que junto a una primorosa delineación de nuestras costas y trabajos portuarios, recoge, en una tímida muestra de lo que aquí nos interesa, la concreta ubicación del ‘Arbol de Garnica’².



A partir de este momento asistimos a una proliferación de ejemplos acercando su foco a Bizkaia (Cantelli Rossi, Nolin, etc...) pero sin llegar a presentarnos ni un mapa del Señorío ni mucho menos la categorización del entramado institucional bizcaíno. Se avanza por tanto en el aspecto geográfico, y aún así con enormes vacilaciones, pero no se nos proporciona en este tipo de obras información corográfica, para lo que tendremos que esperar todavía siglo y medio pues a España llegan con gran retraso los avances en el ámbito cartográfico y la posibilidad de describir, mediante la representación gráfica, las características más sobresalientes del territorio.

² Para todo lo relacionado con esta obra, sigo el trabajo de PEREDA, Felipe y MARIAS, Fernando,- “El Atlas del Rey Planeta”. Hondarribia, Editorial Nerea, 2002.

2.1. El mapa de Vizcaya de Tomás López³

Posiblemente a todos nos resulte familiar el mapa impreso por Tomás López el año 1769. Se trata del primer mapa impreso específicamente dedicado a Bizkaia y, a su vez, el primero que se levanta sobre las informaciones proporcionadas por los propios bizkaínos. De hecho, estas aportaciones se conservan en los archivos de la Biblioteca Nacional de Madrid y constituyen por sí mismas las representaciones más antiguas de amplias zonas del Señorío.



³ Un análisis más amplio de esta obra puede encontrarse en OLEAGA, Ramón. “Tomás López. El mapa de Vizcaya de un Amigo del País”. En *Vizcaínos en la Bascongada. Actores, ideas y cultura material. Siglo XVIII*. Bilbao. Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, 2010.

La leyenda que acompaña el mapa en ocasiones pasa inadvertida. Siguiendo los intereses del momento, se mencionan en primer lugar el elenco de conventos que pueblan el territorio, pero junto a estas informaciones a continuación podemos encontrar referencias pictográficas a la ‘Ciudad’ y ‘Villas’ para a continuación mostrar el símbolo que distingue a las “Anteiglesias que tienen voto, en las Juntas generales”, así como “Anteiglesias adheridas para las Juntas á las antecedentes”. El territorio del Señorío, en su conjunto, viene delimitado en el mapa por una fina aguada de color carmesí, al tiempo que la Merindad de Durango así como las Encartaciones se rotulan de forma diferenciada en su tipografía, utilizándose para delinear sus fronteras un fuerte color amarillo, elementos todos ellos que nos permiten un acercamiento visual a la estructura de representación en Juntas Generales de las distintas entidades.

En este caso el autor es deudor de la calidad de las informaciones proporcionadas por los naturales del País, atendiendo con sus respuestas a un cuestionario junto al que se solicitaba se le remitiesen mapas o planos de los respectivos territorios abarcando la vecindad inmediata de cada parroquia, señalando los accidentes geográficos más destacados. Estos bosquejos cartográficos serían en última instancia arreglados por él dándoles la “última mano” que en definitiva viniera a homogeneizar la apariencia de su obra.

Entre los mapas manuscritos que le fueron remitidos encontramos uno, fechado en 1752, en el que se acredita la relevancia y singularidad del ‘Arbol de Gernica’, pues más allá de la descripción meramente geográfica del resto del territorio, se dibuja con todo cuidado el roble ancestral⁴.

⁴ Biblioteca Nacional. Madrid. Fondo Tomás López e Hijos. Mss. 20263/82. Folio 2.



2.2. Los primeros artífices Bizkainos

Hasta este momento de la historia hemos asistido al juego de la representación ‘por el otro’. Euskal Herria en su conjunto o Bizkaia en particular ha sido reconocida por los ejércitos del rey y su cartógrafo Teixeira; ha sido representada en los primeros atlas de forma fragmentaria debida a la pobreza de las informaciones con las que contaban los editores, en todos los casos extranjeros, lejanos al País; ha mejorado su representación, de la mano de López, al contarse con las informaciones de los naturales cuando la edición se produce en el ámbito de la monarquía española. Sin embargo echamos a faltar la representación de Bizkaia en su conjunto por la mano de un Bizkaino, conecedor de la estructura política del País y con la suficiente exigencia como para pretender su plasmación en el ámbito cartográfico.

De mediados del siglo XVIII, y previamente a los trabajos que coordinará Tomás López en su último tercio, nos encontramos con un ejem-

plar manuscrito que merita un estudio más detallado. En el propio documento se nos indica que ‘El original manuscrito de que se sacó esta copia estaba hecho en 1749, y parece que por Garma’⁵. La copia que consta en la Cartoteca del Servicio Geográfico del Ejército en Madrid, sin título, refleja algunas de las peculiaridades administrativas del momento, marcando por un lado el territorio del ‘Señorío de Vizcaya’ y, en un mismo nivel representativo, el de ‘Las Encartaciones’, indicándose que ‘La Villa de Orozco y el valle de Llodio, aunque son del Señorío, no tienen unión perfecta’. Finalmente, se apunta que “Parece que faltan las villas de Castro de Urdiales; Placenzia; y las anteiglesias de Hereño, = Meacaur”. En su margen derecho se incorpora un listado de distintas entidades de población sin que podamos acertar el propósito del mismo.



⁵ España. Ministerio de Defensa. Archivo Cartográfico y de Estudios Geográficos del Centro Geográfico del Ejército. Mapas Históricos de Vizcaya. N° 75.

El mapa en sí, con extensa representación hidrográfica y pretendiendo acotar las zonas montuosas, aunque sin particular precisión, nos ofrece un detallado repertorio de las entidades de población de Bizkaia, diferenciando ‘Ciudad’, ‘Villa’, ‘Aldea’ y ‘Anteiglesia’. El mapa, sin embargo, no facilita ninguna mención a las Merindades ni proporciona detalles particulares sobre el Duranguesado, posiblemente por la menor conflictividad que se planteaba aquí respecto a la suscitada por las Encartaciones.

El ejemplar, de una escala aproximada 1:200.000 (43 x 60 cm), es posiblemente una copia del siglo XIX del original que se menciona de mediados del XVIII y fue realizada para la colección de Manuel Rico Sinobas, catedrático de Física y Medicina en el ámbito profesional, pero interesado por la bibliofilia y la cartografía, campos en los que llegó a reunir una espectacular colección de materiales que en la actualidad se encuentran en los archivos españoles.

Avanzando en el tiempo, nos proyectamos hasta el primer tercio del siglo XIX, en la antesala de la primera guerra carlista, para encontramos con el mapa de Casimiro de Loizaga de 1832. Custodiado, al igual que el ya citado de Garma, en la Cartoteca del Servicio Geográfico del Ejército, se trata de un mapa manuscrito de 72 por 48 centímetros cuyo título es “Mapa Del M.N. y M.L. Señorío de Vizcaya Corregido por D. Casimiro de Loizaga. Año de 1832”⁶.

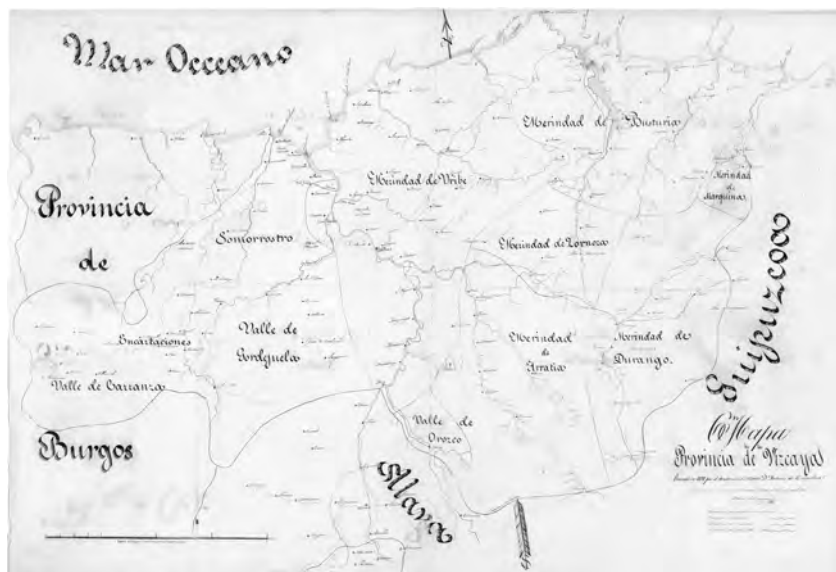
El autor, con toda probabilidad, es el abogado, consultor vitalicio del Señorío de Vizcaya (1816-1840), diputado a Cortes (1820) y senador electo (1839) Casimiro de Loizaga, padre a su vez de quien llegó a ostentar la más alta representación del Señorío, Timoteo de Loizaga, a quien debemos el mapa impreso por Delmas en la siguiente década. Así como tenemos referencia de los estudios topográficos realizados por su hijo, ignoramos si la formación de Casimiro, más allá de la meramente jurídica, le habilitó

⁶ España. Ministerio de Defensa. Archivo Cartográfico y de Estudios Geográficos del Centro Geográfico del Ejército. Mapas Históricos de Vizcaya.



para el levantamiento topográfico de este mapa aunque más bien nos inclinamos, al mencionarse su autoría como de corrector, por que interviniera para ordenar la jerarquía administrativa de las distintas poblaciones. Hemos de fijarnos que en la explicación que contiene el manuscrito, que junto a los accidentes geográficos recoge con gran precisión la calidad de cada entidad de población, diferenciando de forma exhaustiva: Anteiglesia, Villa, Ciudad, Concejo, Feligresía, Barrio y Feligresía erigida en Anteiglesia pero sin voto en Juntas. Por otra parte, en el propio mapa se delinear con meticulosidad los límites de cada Merindad, Valles y Concejos así como las Divisiones Militares. Las vías de comunicación se muestran de forma muy efectiva por el uso del color rojo, mientras que la orografía se representa de forma torpe por sombreados cuya mayor intensidad corresponde a la mayor altura pero sin ninguna mención numérica.

Poco después, durante los enfrentamientos de la primera guerra carlista, proliferaron en el campo militar bosquejos del área de combate, la mayor parte de las veces croquis esquemáticos producto del rápido reco-



nocimiento del terreno y sin mayor calidad cartográfica en cuanto a representación global del territorio, ni mucho menos reflejo de la arquitectura institucional de Bizkaia. No obstante, fechado en 1837 contamos con el ejemplo que nos lega el Ingeniero Goicoechea⁷.

Titulado como ‘Mapa de la Provincia de Vizcaya’, también manuscrito, y cuya mención de autoría se atribuye al ‘Académico de Mérito D. Antonio de Goicoechea’. Su vinculación académica ha de serlo a la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando en la que consta su nombramiento en tal condición, en la rama de arquitectura, el 19 de julio de 1829. De su desempeño profesional cabe destacar el que fuera el autor del puente colgante de San Francisco, el original de la canción típica bilbaína (“No hay en el mundo puente colgante más elegante que el de Bilbao”), suspendido por cadenas de hierro y que perduró entre los años 1827/8 y 1852.

⁷ España. Ministerio de Defensa. Archivo Cartográfico y de Estudios Geográficos del Centro Geográfico del Ejército. Mapas Históricos de Vizcaya. N° 79.

El mapa, a escala aproximada 1:90.000, en su mediana dimensión, pero grande para la época, de 95 por 64 cm., refleja la división administrativa bizkaína. Nos indica las distintas merindades y Valles encartados, señalando igualmente los caminos construidos y los proyectados. Dibuja primorosamente la hidrografía del territorio así como las poblaciones más relevantes, aunque bien es cierto que sin la meticulosidad que se aprecia en Garma un siglo antes pero con una muy superior exactitud geográfica. Respecto al relieve, sencillamente lo omite. Cabe destacar su explícita mención al puente colgante de Burceña, aquel que conforme a lo indicado por D, Pedro de Alzola, habría sido, en 1822, el primer puente colgante de España.

Cerraremos esta relación con un último ejemplo más vinculado al levantamiento estrictamente topográfico que al jurídico-político pero que por la personalidad de su autor creo que merece la pena destacar. Me refiero al mapa que ya en 1846, concluida la carlistada, nos lega Timoteo de Loizaga, importante político vizcaíno, nacido en Gernika en 1818, hijo del anteriormente mencionado Casimiro de Loizaga⁸. Timoteo llegó a ocupar el cargo de Diputado General en 1848, siendo nombrado Senador del Reino en 1872, completando su carrera política como alcalde de Gernika. Durante la primera guerra carlista decidió alistarse con los carlistas, en oposición a su padre, Casimiro, que continuó en su puesto de consultor y dirigente de la Diputación Foral de Bizkaia. Timoteo fue destinado a la compañía de Ingenieros de guarnición en Arrasate, donde podemos imaginar se formó en las bases de los levantamientos cartográficos pues una vez acabada la contienda se habría dedicado a preparar planos de las distintas localidades del Señorío, formando finalmente en el año 1846 el 'Mapa Topográfico del M.N. y M.L. Señorío de Bizcaya', que, a diferencia del mapa manuscrito de su padre, fue editado por la casa editorial de J.E. Delmas. Se trata de una excelente representación de nuestro espacio y en todo caso el primer mapa impreso del Señorío cuya autoría cabe atribuir a un bizkaíno.

⁸ Para este concreto ejemplar, España. Ministerio de Defensa. Archivo Cartográfico y de Estudios Geográficos del Centro Geográfico del Ejército. Mapas Históricos de Vizcaya. Nº 80.



Lo cierto es que el mapa resulta un compendio de informaciones, si bien carece de los elementos que relacionen cada entidad de población con su presencia institucional. No obstante, ofrece situaciones que no siempre aparecen en los mapas comentados hasta el momento: por ejemplo, la doble rotulación de Munguía, previa a su Concordia, como Villa y Anteglesia. Al tiempo, procura mostrar de forma particularmente cuidadosa los límites no sólo de las Merindades sino de cada Valle y Concejo.

Cerramos con ello este rápido repaso a distintos materiales que desde la óptica de una ciencia como la cartografía, auxiliar en este caso a la jurídica, nos proporciona elementos visuales que complementan la investigación tradicional. Y en este punto y final no podemos olvidar que Javier de Oleaga, aun apasionado por el País, su Derecho y su Historia, fue un hombre de su siglo, atento a los cambios que las nuevas tecnologías aportaban a nuestro quehacer diario, por lo que en este tiempo que nos ha tocado vivir, en el que la imagen parece ocupar un lugar preponderante, no me cabe duda de que le complacería ilustrar nuestra ciencia jurídica con alguno de estos levantamientos cartográficos.

FUENTES

Biblioteca Nacional. Madrid.

Cartoteca del Centro Geográfico del Ejército. Madrid.

BIBLIOGRAFÍA

OLEAGA, Ramón. “Tomás López. El mapa de Vizcaya de un Amigo del País”. En Vizcaínos en la Bascongada. Actores, ideas y cultura material. Siglo XVIII. Bilbao. Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, 2010

OLEAGA, Ramón,- “Representación histórica de los territorios y lugares de Euskal Herria” en Historia de Euskal Herria Vol. 1, pp. 55-184. San Sebastián, Editorial Lur, 2004

PEREDA, Felipe y MARIAS, Fernando,- “El Atlas del Rey Planeta”. Hondarribia, Editorial Nerea, 2002.

Arbitraje obligatorio como posible solución a los conflictos laborales bloqueados

NAHIARA RODRÍGUEZ ELORRIETA

Doctoranda del programa de doctorado «Derecho económico y Derecho de la Empresa» de la Universidad de Deusto.

Colaboradora del grupo de investigación de la Universidad de Deusto reconocido por el Gobierno Vasco «Cooperativismo, fiscalidad, relaciones laborales y protección social» (IT842-13)

SUMARIO: 1. EL ARBITRAJE OBLIGATORIO QUE PONE FIN A LA HUELGA. 1.1. REGULACIÓN Y JURISPRUDENCIA. 1.2. DOCTRINA DE LA OIT. 1.3. CASOS EN LOS QUE SE HA EMPLEADO EL ARBITRAJE OBLIGATORIO. 1.4. MECANISMO ALTERNATIVO: MEDIACIÓN OBLIGATORIA.

Los conflictos laborales pueden solventarse a través de diferentes vías, entre ellas, la vía pacífica. Los medios extrajudiciales constituyen mecanismos pacíficos, entre los que se encuentran la mediación, el arbitraje y la conciliación; éstos medios implican a terceros independientes en la resolución del conflicto.

1. EL ARBITRAJE OBLIGATORIO QUE PONE FIN A LA HUELGA

Entre los modos de terminación de la huelga se encuentra el arbitraje obligatorio. El arbitraje constituye una de las vías extrajudiciales de solución de los conflictos, en la que un tercero, no juez, decide mediante un laudo. Se trata de una resolución, laudo o fallo que resulta obligatoria para las partes. Pues bien, el arbitraje obligatorio que da por finalizada una huelga posee unas características determinadas, y, debido a éstas, cuenta con un «carácter extraordinario y excepcional»¹.

1.1. Regulación y jurisprudencia

El Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT)², regula en su artículo 10 el arbitraje obligatorio. Así, «el

¹ VIVERO SERRANO, J.B. *La terminación de la huelga*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 54.

² BOE de 9 de marzo de 1977, núm. 58.

Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar la reanudación de la actividad laboral en el plazo que determine, por un período máximo de dos meses o, de modo definitivo, mediante el establecimiento de un arbitraje obligatorio».

De la lectura del texto se desprende que «nos encontramos ante un acto... que impone a las partes en contienda una medida que limita el derecho de huelga poniendo fin a ésta. La característica esencial de esta modalidad de arbitraje es, precisamente, que apodera a la Autoridad gubernativa para sustituir la voluntad de las partes en contienda»³. Este arbitraje no es un «genuino arbitraje, porque en modo alguno lo es el que reúne las características de ser público y de ser obligatorio»⁴. Implica la intervención del Gobierno, que a propuesta del Ministerio de Trabajo aconseja a las partes enfrentadas a que se sometan a la decisión de un tercero imparcial, siempre y cuando se dé el «cumplimiento acumulado de los tres requisitos especiales»⁵.

Las objeciones jurídicas al arbitraje obligatorio se centran en su carácter imperativo, puesto que «el arbitraje es la institución de mayor voluntariedad que existe ya que exige voluntariedad para recurrir al árbitro y acuerdo sobre su persona»⁶. Sin embargo, el TC se pronunció al respecto, señalando que «no por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro»⁷. Y añadía,

³ VEGA LÓPEZ, J.J. «El arbitraje “obligatorio” que pone fin a la huelga». En *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2003, núm. 70, p. 268.

⁴ STC (Pleno), de 8 de abril de 1981, núm. 11/1981, FJ. 24.

⁵ AAVV. *Huelga y Cierre Patronal. Doctrina de los Tribunales: Social, Contencioso-Administrativo y Penal*. Madrid: Francis Lefebvre, 2007.

⁶ SÁNCHEZ- CERVERA VALDÉS, J.M. «Desarrollo de la huelga». En AAVV. *Manual de Derecho del Trabajo* (MOLERO MANGLANO, C., Dir.). Madrid: Civitas, 2002, 2ª edición, p. 636.

⁷ STC (Pleno), de 8 de abril de 1981, núm. 11/1981, FJ. 19.

que sólo encontraba justificación el uso de tal mecanismo, en que el Estado evitará el daño que «el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él deriven... [pudiera] irrogar a los intereses generales»⁸.

Antes de analizar los presupuestos de hecho necesarios para la imposición del arbitraje obligatorio será necesario detenerse en el primer apartado del artículo 10 del RDLRT. Así, «el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar la reanudación de la actividad laboral en el plazo que determine, por un período máximo de dos meses». Pues bien, el TC al valorar la inconstitucionalidad del precepto que facultaba al Gobierno para imponer la reanudación de la actividad laboral, señaló que el supuesto de hecho «perjuicio grave de la economía nacional» no era suficiente, ya que «queda en total inconcreción y ofrece un evidente margen a la arbitrariedad»⁹. En consecuencia, no se entiende «cómo la argumentación llevada a cabo para declarar inconstitucional la “reanudación de la actividad” no se aplica *pari ratione* para la declaración de inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio, en la medida que el mismo supone una clara forma de terminación de la huelga por imposición heterónoma y en ambos casos se incide de manera directa sobre este derecho fundamental»¹⁰. Además, el TC entendió que «para recortar tan gravemente el uso de un derecho constitucional, la mayor o menor duración del conflicto y la comparación de las respectivas posiciones de las partes “más o menos distantes, más o menos alejados de una posible conciliación” no son parámetros útiles»¹¹. En definitiva, la declaración de constitucionalidad del arbitraje obligatorio en determinados supuestos, «supone ciertamente una importante restricción del

⁸ STC (Pleno), de 8 de abril de 1981, núm. 11/1981, FJ. 24.

⁹ STC (Pleno), de 8 de abril de 1981, núm. 11/1981, FJ. 19.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y SERRANO FALCÓN, C. «Arbitraje obligatorio en caso de huelga y sistema democrático de relaciones laborales». En *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2003, núm. 2, p. 134.

¹¹ STC (Pleno), de 8 de abril de 1981, núm. 11/1981, FJ. 19.

derecho de huelga, en cuanto que el laudo arbitral dirime el conflicto entre las partes poniendo fin a la huelga en curso»¹².

El primer apartado del RDLRT establece los requisitos necesarios para que se establezca un arbitraje obligatorio por parte del Gobierno. Circunstancias que se declaran como acumulativas, «en cuanto que han de darse todas para que pueda el Gobierno hacer uso de la excepcional potestad»¹³. El primero de los requisitos que menciona el artículo 10 es el relativo a la duración de la huelga. No determina qué duración habrá que tener en cuenta para considerar el arbitraje obligatorio en una huelga y, por ello, será necesario relacionar este requisito con los otros dos del artículo 10. En efecto, «la constatación de la posición inconciliable de las partes requerirá a buen seguro un periodo de tiempo más o menos largo... [De igual manera], para que una huelga perjudique gravemente a la economía nacional lo normal es que tenga una larga duración»¹⁴. Sin embargo, la práctica demuestra que «la duración ha sido el presupuesto que menos predomina o menor relevancia tiene en la mayoría de las ocasiones en que se acude al arbitraje obligatorio, hasta el punto que, en muchos acuerdos no se hace referencia a la duración de la huelga, trasladándose el peso argumental a las consecuencias de la huelga»¹⁵.

El TC asimismo matiza que en las huelgas en las que se opte por el arbitraje obligatorio será presupuesto necesario el hecho de que la huelga tenga «una duración muy prolongada»¹⁶.

¹² MARTÍN VALVERDE, A. «La doctrina general sobre el derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981». En AAVV. *Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales. Estudios en homenaje a D. Francisco Tomás y Valiente*. Madrid: La Ley- Actualidad, 1997, p. 108.

¹³ SEMPERE NAVARRO, A.V. «Presupuestos del arbitraje obligatorio para finalizar la huelga». En *Repertorio de Jurisprudencia*, 2008, núm. 6. Versión electrónica: www.aranzadidigital.es (BIB 2008\609), p. 7.

¹⁴ VIVERO SERRANO, J.B., *ob.cit.*, p. 61.

¹⁵ VEGA LÓPEZ, J.J., *ob.cit.*, p. 274.

¹⁶ STC (Pleno), de 8 de abril de 1981, núm. 11/1981, FJ. 19.

El segundo de los requisitos es el relativo a las posiciones de las partes. En este caso también el RDLRT no determina en qué situación tienen que encontrarse las posiciones de las diferentes partes enfrentadas entre sí, pero el TC detalla que esas posiciones tienen que encontrarse «excesivamente distantes o inconciliables»¹⁷. Este requisito es «más fácil de concretar en la práctica, especialmente cuando las negociaciones están completamente rotas de *facto*»¹⁸. En definitiva, «es la convicción absoluta de que la solución al conflicto no está próxima y la situación tiene la entidad suficiente para que se haga imprescindible la intervención gubernativa»¹⁹.

El tercer requisito corresponde a la necesidad de que se perjudique la economía nacional. Este concepto también fue analizado por el TC, al concluir que se trata de un «concepto indeterminado que no concreta cuáles son los intereses a los que el derecho debe quedar sacrificado. Su supuesto de hecho queda en total inconcreción y ofrece un evidente margen a la arbitrariedad»²⁰. En este sentido, «al menos deja claro el ámbito en el que se ha de producir el impacto de la huelga, se trata de una afectación nacional de la economía, excluyéndose por tanto, otros niveles por muy gravoso que sea»²¹. Sin embargo, lo cierto es que algunos gobiernos autonómicos han interpretado de manera amplia el precepto del RDLRT, esto es, entendiendo también que el perjuicio grave para la economía de la comunidad autónoma también se encontraría regulado en dicho precepto. Así, la «imposición de un arbitraje obligatorio también constituye un acto ejecutivo gubernamental y no una capacidad reglamentaria, por lo que también las Comunidades Autónomas serían competentes para la aplicación del arbitraje obligatorio en las circunstancias que indica el precepto»²². El Tribunal Su-

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ VIVERO SERRANO, J.B., *ob.cit.*, p. 65.

¹⁹ VEGA LÓPEZ, J.J., *ob. cit.*, p. 278.

²⁰ STC (Pleno), de 8 de abril de 1981, núm. 11/1981, FJ. 19.

²¹ VEGA LÓPEZ, J.J., *ob. cit.*, p. 278.

²² MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y SERRANO FALCÓN, C., *ob. cit.*, p. 142.

premo también se ha manifestado en este sentido alegando que «partiendo de la base de que según nuestra interpretación no ha de tratarse necesariamente de perjuicios a la economía nacional, bastando con que se produzcan a la economía de la región cuya autoridad decide el arbitraje»²³.

En suma, son tres los requisitos que establece el RDLRT para la imposición del arbitraje obligatorio; sin embargo, «parece que lo relevante... [para dicha] imposición son las consecuencias económicas derivadas del conflicto, dada la irrelevancia que en su doctrina tienen los otros dos elementos determinantes del supuesto de hecho, [concretamente, la duración de la huelga y las posiciones de las partes]»²⁴.

Respecto al ámbito de aplicación del arbitraje obligatorio, y de acuerdo al precepto analizado del RDLRT, conviene señalar que en realidad «hay dos supuestos de hecho distintos que permiten la terminación de la huelga por decisión gubernamental, estrechamente relacionados eso sí, pero casi siempre se confunden en la práctica»²⁵. El primero, es «el que expresamente regula el artículo 10.1 RDLRT»²⁶, relativo a las huelgas dañosas para la economía nacional; y el segundo, un supuesto «que carece de regulación expresa y específica»²⁷, y que se refiere a las huelgas en los servicios esenciales, que se basa en los artículos 28.2 de la CE y el artículo 10.2 del RDLRT. Pues bien, por un lado, la CE «reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Por otro lado, el artículo 10.2 del RDLRT señala que «cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier

²³ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 6 de junio de 2007, rec. núm. 10131/2004.

²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y SERRANO FALCÓN, C., *ob. cit.*, p. 135.

²⁵ VIVERO SERRANO, J.B., *ob. cit.*, p. 57.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ VIVERO SERRANO, J.B., *ob. cit.*, p. 57.

género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas».

La imposición del arbitraje obligatorio ha sido objeto de controversia, ya que numerosos autores han abogado por un único supuesto de hecho en el que cabe la terminación de la huelga por arbitraje obligatorio, concretamente, en los servicios esenciales²⁸. Igualmente, la jurisprudencia ha entendido que el establecimiento de un arbitraje obligatorio solo es factible en los casos en el que el servicio afectado tenga la consideración de esencial²⁹. Otros autores, en cambio, entienden que puede ser empleado en cualquier ámbito en el que la huelga se ejerza, siempre y cuando se den los requisitos del artículo 10 del RDLRT³⁰.

Los autores que apoyan el arbitraje obligatorio y la terminación heterónoma de la huelga, ciñéndola al ámbito de los servicios esenciales, «mezclan interesadamente los planos de la política del derecho y de la interpretación jurídica, y ello en función de dos objetivos: primero, disminuir el posible ámbito de aplicación de esta técnica jurídica tan peligrosa para el derecho fundamental de huelga; segundo, aplicar a la misma el complejo de garantías con que la jurisprudencia ha rodeado el establecimiento de servicios mínimos en el ámbito de los servicios esenciales»³¹.

²⁸Entre ellos, BAYLOS GRAU, A. «El arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga en servicios esenciales». En *Poder Judicial*, 1988, núm. 11 y CEINOS SUÁREZ, A. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*. Granada: Comares, 2000.

²⁹Ejemplo de esta postura es la sentencia STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 de noviembre de 2003, rec. núm. 500/2001.

³⁰Entre ellos el citado VIVERO SERRANO, J.B., *ob.cit.*; MORENO VIDA, M.N. *La huelga en servicios esenciales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2007. y AAVV. *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*. Madrid: Civitas, 1982.

³¹VIVERO SERRANO, J.B., *ob.cit.*, p. 76.

También es verdad que, como se ha señalado anteriormente, la posibilidad de aplicación de esta figura no necesariamente se reduce al supuesto de huelgas en servicios esenciales. No obstante, «en la práctica la mayor parte de los casos en que se ha impuesto un arbitraje obligatorio ha sido en huelgas en servicios esenciales, pues es en éstas donde se producen conflictos entre derechos y bienes protegidos constitucionalmente»³². Además, la «ubicación sistemática conjunta de la institución en estudio [apartado 1ª del artículo 10 del RDLRT] con la huelga en servicios esenciales para la comunidad [apartado 2ª del citado artículo]»³³, no contribuye a zanjar la controversia de los dos supuestos de hecho, esto es, las huelgas dañosas para la economía nacional, y las huelgas en servicios esenciales. Con lo cual, sería necesario que una futura regulación del derecho de huelga distinguiese claramente los dos supuestos de hecho. Bien es verdad que, el Proyecto de Ley de Huelga de 1992 (PLOH), regulaba un arbitraje obligatorio parecido al ahora expuesto. Así, el artículo 12 establecía que «cuando en el desarrollo de la huelga concurren circunstancias concretas de las que se deriven perjuicios graves a la economía nacional, el Gobierno de la Nación, o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en función del ámbito del conflicto, podrá imponer un arbitraje obligatorio». Asimismo, el artículo 25 señalaba que «el Gobierno de la Nación o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, aun cuando el ejercicio del derecho de huelga se ajuste a las prescripciones de la presente Ley o a las Normas sectoriales de garantía de los servicios mínimos, podrá imponer un arbitraje obligatorio en los siguientes casos: a) Cuando se produzcan incumplimientos individuales reiterados o anomalías graves en el cumplimiento de las actividades previstas para el mantenimiento de los servicios esenciales de la Comunidad. b) Cuando, como consecuencia de la amplitud de la huelga y de la falta de posibilidades de acuerdo, se produzcan daños graves en los bienes o derechos constitucio-

³² MORENO VIDA, M.N., *ob. cit.*, p. 225.

³³ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y SERRANO FALCÓN, C., *ob. cit.*, p. 136.

nalmente protegidos». Sin embargo, el PLOH no vio la luz debido a la convocatoria de elecciones generales en junio de 1993.

1.2. *Doctrina de la OIT*

La OIT a través de diferentes decisiones y recomendaciones también se ha pronunciado respecto al uso del arbitraje obligatorio. Estas resoluciones son emanadas de sus dos órganos de control, concretamente, de la Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), y del Comité de Libertad Sindical (CLS). En esta materia, la misión del CLS y el CEACR consiste en vigilar el respeto del Convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, adoptado el 9 de julio de 1948³⁴ por los Estados que lo han ratificado. Además, hay que destacar que estas decisiones «tienen gran repercusión para los tribunales de todo el mundo y no solo para los Estados a los que se dirigen las concretas decisiones»³⁵.

En general, como bien señala el CLS, «la decisión de suspender una huelga por un período razonable con el fin de permitir a las partes lograr una solución negociada no constituye en sí una violación»³⁶. Sin embargo, la confusión surge en cuanto al significado exacto de la expresión “arbitraje obligatorio”. Cuando esta expresión se refiere «a los efectos obligatorios de un procedimiento de arbitraje solicitado voluntariamente por ambas partes, la Comisión considera que esto no plantea dificultades, dado que se supone las partes normalmente deberían acatar la decisión del árbitro o del tribunal arbitral que han elegido. En la práctica, el verdadero problema se plantea en el caso del arbitraje obligatorio que las autoridades pueden im-

³⁴ BOE de 11 de mayo de 1977, núm. 112.

³⁵ OJEDA AVILÉS, A. *Derecho Transnacional del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 333.

³⁶ Véase el Informe núm. 338, de noviembre de 2005, caso núm. 2329, párrafo 1274.

poner ante un conflicto de intereses por propia iniciativa o a solicitud de una de las partes»³⁷. Así, cuando la imposición del arbitraje provenga de la iniciativa de las autoridades, la Comisión considera que «tales intervenciones son difícilmente conciliables con el principio de negociación voluntaria establecido en el artículo 6 del Convenio núm. 98. No obstante, la Comisión debe admitir que existe un momento en la negociación en el cual tras negociaciones prolongadas e infructuosas, puede justificarse la intervención de las autoridades, cuando es obvio que el bloqueo de las negociaciones no será superado sin una iniciativa de las mismas»³⁸.

El CLS matiza, y añade que el arbitraje obligatorio para poner término a una huelga «sólo es aceptable cuando lo han pedido las dos partes implicadas en el conflicto o en los casos en que la huelga puede ser limitada, e incluso prohibida, es decir, en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, o sea los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población»³⁹. En la medida en que «el arbitraje obligatorio impide el ejercicio de la huelga, dicho arbitraje atenta contra el derecho de las organizaciones sindicales a organizar libremente sus actividades, y sólo podría justificarse en el marco de la función pública o de los servicios esenciales en el sentido estricto del término»⁴⁰.

³⁷ Libertad sindical y negociación colectiva. Un Estudio general sobre los Convenios núms. 87 y 98 elaborado en 1994 por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (OIT, 1994a), párrafo. 256.

³⁸ Libertad sindical y negociación colectiva. Un Estudio general sobre los Convenios núms. 87 y 98 elaborado en 1994 por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (OIT, 1994a), párrafo. 258.

³⁹ *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006, 5ª edición, p. 122.

⁴⁰ *Ibidem*.

En definitiva, el arbitraje obligatorio sólo podrá emplearse en dos casos: en huelgas declaradas en la función pública, o, bien, en servicios esenciales. No obstante, el CEACR entiende que «... un acuerdo negociado, por insuficiente que sea, es preferible a una solución impuesta... [con lo cual] las partes deberían tener siempre la posibilidad de regresar voluntariamente a la mesa de negociaciones, lo que implica que todo mecanismo de solución de conflictos adoptado debería incluir la posibilidad de suspender un proceso de arbitraje obligatorio, si las partes desean continuar con las negociaciones»⁴¹. Este principio general de la preferencia por mecanismos de solución de carácter voluntario, también se encuentra reflejado en la Carta Social Europea⁴², concretamente, en el artículo 6.3. El precepto establece que «las partes se comprometen a fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales».

1.3. *Casos en los que se ha empleado el arbitraje obligatorio*

A continuación, se expondrán brevemente los casos en los que el Gobierno central ha hecho uso de este mecanismo excepcional para poner fin a una huelga, como también en las ocasiones que el Gobierno del País Vasco ha empleado esta especial facultad.

En el caso del Gobierno central, han sido cuatro las veces que ha optado por imponer un arbitraje obligatorio para resolver un conflicto laboral. El primero de ellos, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, de 24 de julio de 1981, relativo a la huelga en estaciones de servicio de petróleo⁴³. El segundo, a través del acuerdo del Consejo de Ministros, de

⁴¹ Libertad sindical y negociación colectiva. Un Estudio general sobre los Convenios núms. 87 y 98 elaborado en 1994 por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (OIT, 1994a), párrafo. 259.

⁴² BOE de 26 de junio de 1980, núm. 153.

⁴³ El laudo arbitral, de 28 de agosto de 1981, fue publicado en el BOE de 29 de agosto de 1981, núm. 207.

18 de julio de 1984, referente a la huelga declarada en Iberia por el SEPLA de tripulantes-pilotos⁴⁴. El tercero, fue adoptado mediante acuerdo del Consejo de Ministros, de 13 de julio de 2001, correspondiente también a la huelga declarada en Iberia por el mismo sindicato⁴⁵; y el último, adoptado mediante acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de abril y 11 de mayo de 2012, también relativo a la huelga declarada en Iberia por el SEPLA⁴⁶.

El Gobierno del País Vasco también ha optado el mismo número de veces que el Gobierno central por imponer un arbitraje obligatorio. Así, el primero, se acordó por Decreto del Consejo de Gobierno 263/1995, de 2 de mayo, en relación a la huelga declarada en la empresa TRANSPORTES COLECTIVOS, S.A. (T.C.S.A.)⁴⁷. El segundo, se adoptó por Decreto del Consejo de Gobierno 99/1997, de 29 de abril, en correspondencia a la huelga declarada en la empresa concesionaria de limpieza en lugares públicos Garbile, S.A.⁴⁸. El tercero, se decidió por Decreto del Consejo de Gobierno 98/2003, de 29 de abril, en relación a la huelga declarada en el sector de Transportes regulares y discrecionales de viajeros por carretera de Bizkaia⁴⁹. El último, fue dispuesto por Decreto del Consejo de Gobierno 104/2004, de 1 de junio, en correspondencia a la huelga declarada en el sector de las empresas subcontratistas del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia⁵⁰.

⁴⁴ El laudo arbitral, de 22 de julio de 1984, fue publicado en el BOE de 24 de julio de 1984, núm. 176.

⁴⁵ El laudo arbitral, de 19 de julio de 2001, fue publicado en el BOE de 10 de agosto de 2001, núm. 191.

⁴⁶ El laudo arbitral, de 24 de mayo de 2012, fue publicado en el BOE de 28 de junio de 2012, núm. 154.

⁴⁷ BOPV de 5 de mayo de 1995, núm. 84.

⁴⁸ BOPV de 5 de mayo de 1997, núm. 83.

⁴⁹ BOPV de 2 de mayo de 2003, núm. 84

⁵⁰ BOPV de 3 de junio de 2004, núm. 104.

Pues bien, en la práctica, todos los arbitrajes obligatorios que se han adoptado por parte del Gobierno del Estado como del Gobierno del País Vasco han sido en huelgas declaradas en servicios esenciales. Quizá esto se deba a la creciente «terciarización de los conflictos», esto es, «el conflicto social se hace cada vez menos industrial, y más “terciario”, cada vez afecta más a este sector económico»⁵¹. En el ámbito de empresas de servicios, el conflicto «se hace más visible y el impacto social es mayor ya que tienen un mayor contacto con el público que los ya casi desaparecidos “conflictos industriales”»⁵². En otras palabras, en este tipo de huelgas, «de una vulneración económica que se infringe al empleador se pasa a una vulneración social que afecta a la comunidad»⁵³, y, es por ello, que el conflicto laboral acaba extendiéndose a un tercero ajeno al conflicto, esto es, al usuario del servicio en huelga. Quizá sea la razón por la que «la implicación del ciudadano hace que las huelgas de los trabajadores del sector servicio sean de partida “impopulares”»⁵⁴, y, por ese motivo, se acuda al arbitraje obligatorio.

1.4. *Mecanismo alternativo: mediación obligatoria*

Si bien es verdad que el arbitraje obligatorio en España no sólo puede ser empleado en los casos de huelgas en servicios esenciales, la práctica demuestra que todos los acuerdos adoptados por los distintos Gobiernos se han realizado en servicios esenciales. La explicación se puede encontrar en la «terciarización de los conflictos» como bien se ha señalado anteriormente, o bien, en el hecho de que se esté imponiendo el criterio de la OIT⁵⁵. Además, no hay que olvidar que la «institución del arbitra-

⁵¹ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y SERRANO FALCÓN, C., *ob. cit.*, p. 130.

⁵² MORENO VIDA, M.N. *ob. cit.*, p. 226.

⁵³ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y SERRANO FALCÓN, C., *ob. cit.*, p. 131.

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ El arbitraje obligatorio sólo se empleará en conflictos laborales que radiquen en servicios esenciales o la función pública.

je obligatorio constituye una limitación que deriva de la atemperación y conjugación del derecho de huelga con las exigencias de tutela y de protección de otros bienes y derechos que se consideran también dignos de tutela»⁵⁶. Por ello, debido a que es considerado como un mecanismo limitador del derecho de huelga, su uso es excepcional, y, además, el acto por el cual se impone el arbitraje obligatorio para poner fin a la huelga «ha de estar suficientemente motivado»⁵⁷.

Parece lógico y necesario que «todo sistema de relaciones laborales cuente con un mecanismo último de control sobre un conflicto de trabajo, siempre que se institucionalice como medida de *extrema ratio* en la solución de conflictos»⁵⁸, ya que no es apropiado para las propias partes en conflicto, ni para la paz social, el hecho de que el conflicto laboral perdure en el tiempo. Más allá de requerir un «mayor protagonismo de las partes en conflicto durante el procedimiento arbitral»⁵⁹, lo verdaderamente necesario sería instaurar y regular un mecanismo que diese solución a las huelgas declaradas en empresas no consideradas como servicios esenciales.

La mediación obligatoria podría ser un instrumento de gran utilidad en aquellas empresas que se encuentren inmersas en una huelga que se prolonga en el tiempo, y la situación se encuentre bloqueada por la actitud de las partes. Ya se ha planteado la mediación obligatoria como solución al conflicto, sin embargo, difiere en el hecho de que esa propuesta lleva aparejada la mediación obligatoria previa a la imposición del arbitraje obligatorio⁶⁰. Con lo cual, y siguiendo con la práctica llevada a ca-

⁵⁶ MORENO VIDA, M.N. *ob. cit.*, p. 224.

⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y SERRANO FALCÓN, C., *ob. cit.*, p. 140.

⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y SERRANO FALCÓN, C., *ob. cit.*, p. 163.

⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y SERRANO FALCÓN, C., *ob. cit.*, p. 164.

⁶⁰ DEL REY GUANTER, S. «Reflexiones generales sobre los medios extrajudiciales de solución de conflictos en el ámbito laboral». En *Iuris: Quaderns de política jurídica*, 1995, núm. 4, pp. 220-221.

bo, sólo se implementaría en aquellos casos en los que la huelga se declarase en servicios esenciales.

La necesidad de contar con un mecanismo último de control sobre un conflicto laboral creado en el seno de una empresa no considerada como servicio esencial, sería igualmente necesario, debido a que los gobiernos tendrían que facilitar que una huelga no se extendiese demasiado en el tiempo, con todo lo que ello conlleva: perjuicios para los trabajadores, para el empresario, para la comarca donde se ubique la empresa, para empresas colaboradoras... En este supuesto, la mediación obligatoria podría ser un buen instrumento para reactivar el proceso, para que las partes se vuelvan a reunir y para reactivar la negociación. En definitiva, constituiría un pequeño “empujón” para que las partes encontrasen una solución y para desbloquear el conflicto.

De esta manera, el arbitraje obligatorio sólo se reservaría para las huelgas en servicios esenciales, donde entran en juego derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos; y donde la excepcionalidad del mecanismo tendría sentido debido a la entrada en juego de los intereses de los usuarios de dichos servicios. Sin embargo, en aquellas otras empresas no consideradas como servicios esenciales, la mediación obligatoria podría constituir un medio necesario para la obtención de la solución al conflicto, sin entorpecer la decisión última de las partes, ya que, al contrario de lo que ocurre en el arbitraje obligatorio —donde el laudo arbitral sería de obligado cumplimiento—, aquí simplemente se intentarían acercar las posturas, pero sin imponer una solución concreta. No hay que olvidar que hoy en día, y debido a la crisis económica, son numerosos los conflictos en las empresas que desembocan en una huelga⁶¹.

⁶¹ Tampoco hay que olvidar el gran número de empresas que han secundado una huelga por un periodo largo de tiempo, entre ellas, los trabajadores de Caballito de Vitoria-Gasteiz (fabrica y comercializa herramientas para el tratamiento de superficies y corte de materiales), quienes comenzaron la huelga el 1 de noviembre de 2003, y la finalizaron el 14 de noviembre de 2005.

En conclusión, en el caso de que se retomase la voluntad de legislar sobre el derecho de huelga, sería necesario que el legislador adoptase medidas diferentes para las huelgas declaradas en servicios esenciales y fuera de ellos, en aras a aportar mayor claridad a este mecanismo de solución de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV. *Huelga y Cierre Patronal. Doctrina de los Tribunales: Social, Contencioso-Administrativo y Penal*. Madrid: Francis Lefebvre, 2007.

AAVV. *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*. Madrid: Civitas, 1982.

BAYLOS GRAU, A. «El arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga en servicios esenciales». En *Poder Judicial*, 1988, núm. 11.

CEINOS SUÁREZ, A. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*. Granada: Comares, 2000.

DEL REY GUANTER, S. «Reflexiones generales sobre los medios extrajudiciales de solución de conflictos en el ámbito laboral». En *Iuris: Quaderns de política jurídica*, 1995, núm. 4, pp. 220-221.

La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006, 5ª edición.

Libertad sindical y negociación colectiva. Un Estudio general sobre los Convenios núms. 87 y 98 elaborado en 1994 por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (OIT, 1994a).

MARTÍN VALVERDE, A. «La doctrina general sobre el derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981». En AAVV. *Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales. Estudios en homenaje a D. Francisco Tomás y Valiente*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1997.

MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y SERRANO FALCÓN, C. «Arbitraje obligatorio en caso de huelga y sistema democrático de relaciones laborales». En *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2003, núm. 2.

- MORENO VIDA, M.N. *La huelga en servicios esenciales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2007.
- OJEDA AVILÉS, A. *Derecho Transnacional del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- SÁNCHEZ- CERVERA VALDÉS, J.M. «Desarrollo de la huelga». En AAVV. *Manual de Derecho del Trabajo* (MOLERO MANGLANO, C., Dir.). Madrid: Civitas, 2002, 2ª edición.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. «Presupuestos del arbitraje obligatorio para finalizar la huelga». En *Repertorio de Jurisprudencia*, 2008, núm. 6. Versión electrónica: www.aranzadidigital.es (BIB 2008\609).
- VEGA LÓPEZ, J.J. «El arbitraje “obligatorio” que pone fin a la huelga». En *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2003, núm. 70.
- VIVERO SERRANO, J.B. *La terminación de la huelga*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

A propósito de una escritura de la Llanada Alavesa

JESÚS MARÍA SANZA AMURRIO
Notario de San Sebastián

Hace muchos años que pienso que el derecho histórico civil en Alava no ha estado lo suficientemente estudiado. Alava ha sido hasta hace relativamente poco un pequeño territorio poco poblado, predominantemente agrícola y con ausencia de notarios a salvo de la capital Vitoria.

Manuel M^a de Uriarte Zulueta en su trabajo sobre el derecho de familia en Alava explica que en el territorio de la Cofradía de Alava (aproximadamente el 40% de la actual provincia de Alava) no existía derecho privado escrito; los alaveses pidieron después de algunas vacilaciones que se les aplicara el Fuero Real y así les fue concedido.

Posteriormente se incorporaron a Alava el territorio de los Múgica; Llodio y Aramayona en los que se aplicaba el derecho vizcaíno y la tierra de los Ayala donde tenían su propio derecho privado conservando hasta nuestros días fundamentalmente la libertad de testar de la manera más absoluta.

Por lo tanto el resto de Alava estaba regulada por el derecho común, si bien creo que hay que hacer algunas matizaciones.

Los agricultores alaveses se han regido en el derecho familiar y sucesorio por sus propias costumbres; así en la Llanada y Montaña Alavesa se aplicaba con frecuencia el Mayorazgo, donde era el mayor y varón el sucesor en todos los bienes de la casa, costumbre ésta también aplicada en muchos pueblos de Treviño. (así Luis Garcia Royo)

La costumbre de heredar por partes iguales y respetar las legítimas estaba más arraigada en la Rioja Alavesa; si bien los agricultores añoraban desde siempre la libertad de testar de la Navarra colindante con ellos y verdadero resumen de los fueros en las guerras carlistas.

Hace tiempo llegó a mis manos esta escritura que acompaño y presento de un Notario de Vitoria que en gran medida recuerda a los pactos matrimoniales en capitulaciones guipúzcoanos; tan abundantes antaño en la Guipúzcoa rural, y recordados por el foralista Alvaro Navajas.

Se trata de unas capitulaciones matrimoniales: en ellas se configura un régimen de vida del nuevo matrimonio juntamente con el de los padres; básicamente es una donación con ocasión del matrimonio de los hijos de la mitad indivisa de la casa y la totalidad de los pertenecidos cuya descripción es la siguiente:” Una casa de labranza situada en Legarda del Ayuntamiento de Foronda”, por lo tanto en la Llanada Alavesa. En ella como otorgantes intervienen los padres de ambos consortes y la propia pareja.

Los padres de ella donan a su hija una cantidad importante para la época de dinero en concepto de mejora. Es en el pacto tercero donde se establece la sucesión en la casa regulándose de la manera siguiente:

«Es condición de la donación que antecede, la de la convivencia del nuevo matrimonio en la casa y compañía de los padres de Don Vidal, hasta el fallecimiento de aquéllos ayudándoles en las faenas agrícolas y labores domésticas, bajo la dirección de don Sandalio y doña Marcelina, quienes se encargaran de atender, asistir, alimentar y vestir, en salud y enfermedad, al nuevo matrimonio y su descendencia, abonándoles en concepto de soldada, la cantidad de cinco mil pesetas al año, por cada uno de los años que vivan en su compañía y trabajen por cuenta de don Sandalio y doña Marcelina.

Y en el pacto cuarto se establece lo que sucede en caso de incumplimiento: “Caso de separación del nuevo matrimonio de la casa y compañía de los padres de don Vidal, si la separación se produce por voluntad del nuevo matrimonio, quedará sin efectos la mejora y si la separación tiene lugar por deseo de don Sandalio y doña Marcelina, la mejora será válida al producirse la separación, don Sandalio y doña Marcelina entregarán a su hijo don Vidal la total cantidad de diez mil pesetas en dinero.

Es curiosa esta escritura que será indudablemente una de tantas que se hacían en la Llanada y en la Montaña Alavesa, supongo que con múltiples variaciones, que hacen sospechar que

en gran parte de Alava se aplicaban pactos semejantes a las famosas capitulaciones matrimoniales guipúzcoanas.

Ella es indicio de que en Alava había un derecho consuetudinario foral no recogido en leyes escritas, pero no inexistente constituyendo un tema abierto y pendiente de estudiar.

A ello parece referirse Luis García Royo sobre la aplicación en Alava y Guipúzcoa de la cláusula sociniana invertida, aludida por Vallet de Goytisolo en la encuesta que hizo entre sus compañeros alaveses durante su recordada estancia en Logroño.

Y así dice García Royo: “Excepcionalmente se hace constar el deseo de que toda la herencia permanezca indivisa mientras viva el consorte del testador y que la disfrute íntegramente; o se utilizan alguna de las variedades de la cláusula gualdense, la cual si se atribuye el tercio libre en pleno dominio, sólo puede jugar sobre el de mejora. Incluso en estos casos excepcionales, alguna vez se ha hecho constar que de no respetar los hijos el deseo del testador, quedará entonces limitado al usufructo el legado que se hace en pleno dominio del tercio de libre disposición, una auténtica cautela sociniana pero invertida. Cuando el viudo por sus circunstancias de edad y salud no está en condiciones de llevar la tierra es frecuente que el padre convenga con los hijos la cesión de sus propiedades y usufructo contra el abono de una pensión que fija en metálico o bien la entrega de ciertos productos del campo para la subsistencia así como el abono de cantidades en dinero para atender enfermedades y demás necesidades frecuentes y extraordinarias.»

Sirvan estas líneas para plantear y alentar un vacío histórico y doctrinal de las costumbres sucesorias y familiares alavesas.



NOTARIO
 Dato, 20-1.ª Izqda. - Tald. 5144
 VITORIA
 N.º 351

NUMERO NOVECIENTOS NUEVE .-

EN VITORIA, a de de mil novecien-
 tos sesenta y uno.

Ante mí; Notario del-
 lustre Colegio de Burgos, con residencia en-
 Vitoria,

===== COMPARECEN :=====

Y DON VIDAL , sol-
 tero, con sus padres DON SANDALIO a
 E: J y DOÑA MARCELINA =
 casados ambos en únicas nupcias, -
 mayores de edad todos, ellos labradores, y sus-
 labores ella, vecinos de Legarda, Ayuntamiento-
 de Foronda (Alava) con domicilio en el lugar de
 vecindad.

Y DOÑA MARIA CRUZ soltera,-
 con sus padres DON ESTEBAN y DOÑA JU-
 LIANA ; todos mayores de e-
 dad, casados estos últimos en únicas nupcias, -
 sin profesión especial ellas y él labrador, va-

cinco de Jugo, Ayuntamiento de Zuya (Alava)
con domicilio en el lugar de vecindad.-----

Intervienen todos por su propio derecho,--
haciéndolo Don Sandalio y Don Esteban, ade-
más al objeto de conceder como conceden, a--
sus respectivas esposas, la licencia marital
correspondiente que ellas aceptan.-----

Tienen a mi juicio, la capacidad legal --
necesaria para el otorgamiento de la presen-
te escritura de CAPITULACIONES MATRIMONIA--
LES y en orden a la misma,-----

===== E X P O N E N : =====

Que los comparecientes Don Vidal y Doña --
Maria Cruz, tienen concertado contraer matri-
monio próximamente y al objeto de fijar el --
régimen del mismo así como las donaciones y--
demás pactos que tratan de estipular, lo lle-
van a cabo, bajo las siguientes:-----

===== E S T I P U L A C I O N E S =====

PRIMERA.- El régimen de la sociedad conyu-
gal que se constituya en su día por ambos es-
posos, será el común de ganaciales, estableci-
do como general supletorio por la Ley civil.--

SEGUNDA.- En atención a proyectado matrimo-

...nio Don Sandalio dona a su hijo Don Vidal
en concepto de mejora, para después de los
días del mejorante y los de su esposa, la
mitad indivisa de la casa y la totalidad de
los pertenecidos, cuya descripción es la si-
guiente:



La propiedad
de la mitad suya.

Una casa de labranza, situada en el pueblo
de Legarda, Ayuntamiento de Foronda, de esta
provincia de Alava, con todos sus pertenece-
dos, señalada con el número siete; consta
de planta baja, principal y desván; no cons-
ta su medida superficial; lindante Norte,
camino; Sur, con Sandalio Martínez de
Zabarte; Este, con el camino y Oeste
camino público. Valorada la mitad indivisa
de la casa y la totalidad de sus pertenece-
dos, en diez mil pesetas.



TITULO.- Lo es el de herencia de su padre
Don Simón
según hijuela privada suscrita en Legarda a
veinticinco de Junio de mil novecientos cin-
cuenta y cinco, cuyo título fué liquidada
del Impuesto de Derechos Reales, en la Ofici-
na Liquidadora de esta Capital, el diecinueve

de Julio del mismo año. _____

CARGAS.- Se halla libre de toda carga o gravámen, según manifiesta Don Sandalio r-
ti... e. _____

TERCERO.- Es condición de la donación que antecede, la de convivencia del nuevo matrimonio en la casa y compañía de los padres de Don Vidal, hasta el fallecimiento de aquellos ayudándoles en las faenas agrícolas y labores domésticas, bajo la dirección de Don Sandalio y Doña Marcelina, quienes se encargarán de atender, asistir, alimentar, y vestir, en salud y enfermedad, al nuevo matrimonio y su descendencia, abonándoles, en concepto de soldada, la cantidad de cinco mil pesetas al año, por cada uno de los años que vivan en su compañía y trabajen por cuenta de Don Sandalio y Doña Marcelina.

CUARTO.- Caso de separación del nuevo matrimonio de la casa y compañía de los padres de Don Vidal, si la separación se produce por voluntad del nuevo matrimonio, quedará sin efectos la mejora y si la separación tiene lugar por deseo de Don Sandalio y Doña Marce-

2.-



MANUEL GRESPO ALVAREZ
NOTARIO
CALLE 15.ª 14966. - TEL. 5144
VITORIA

Nº 80323

lina, la mejora, será válida. En uno y otro caso, al producirse la separacion, Don Sandalio y Doña Marcelina, entregarán a su hijo Don Vidal, la total cantidad de diez mil pesetas en dinero.-----

QUINTO.- Igualmente, en consideración a proyectado enlace matrimonial, Don Esteban y Doña Juliana, donan a su hija Doña Maria-Cruz, por mitad e iguales partes, la total-cantidad de diez mil pesetas en dinero, de-las cuales, una mitad o sean, cinco mil pe-setas, se entenderán donadas en concepto de mejora y la otra mitad, o sean, las cinco -mil pesetas restantes, a cuenta de ambas --legitimas.-----

SEXTO.- Todos los comparecientes aceptan-lo estipulado en esta escritura, en la par-te que respectivamente les incumbe, y espe-cialmente los donatarios, las donaciones -

Between law and language: notarial terminology in the Basque language

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

Public Notary & Lecturer on Basque and Spanish Civil Law
University of Deusto, Bilbao (Spain) and Member of
the Board of the Basque Academy of Law

SUMMARY: 1. INTRODUCTION: BASQUE AND CASTILIAN AS CO-OFFICIAL LANGUAGES AND THEIR IMPACT ON THE WORK OF NOTARIES. 2. THE LEGAL TASKS OF NOTARIES: ORGANISATIONAL AND LINGUISTIC CONTEXT IN THE BASQUE COUNTRY AND NAVARRE. 3. THE PROFESSION OF THE NOTARY IN THE BASQUE COUNTRY AND NAVARRE: CHARACTERISTICS. 4. TERMINOLOGICAL NEEDS OF A BILINGUAL NOTARIES' PRACTICE. 5. DESCRIPTION OF THE RESOURCES USED ON A DAILY BASIS BY A BILINGUAL NOTARIES' PRACTISE. 6. AN EVALUATION OF THESE RESOURCES IN RELATION TO PERCEIVED NEEDS. 7. PROPOSAL FOR IMPROVING RESOURCES AND PROVIDING NEW ONES, AND JUSTIFICATIONS FOR SAME. 8. CONCLUSIONS

1. INTRODUCTION: BASQUE AND CASTILIAN AS CO-OFFICIAL LANGUAGES AND THEIR IMPACT ON THE WORK OF NOTARIES

The introduction of the different territorial languages of Spain other than Castilian as co-official languages has given rise to their use in law and consequently to the need to renew the terminology of those languages so that they can be used not only in the formal legal order but also in legal practice.

Within the different aspects of the practice of the law affected by the existence of co-official languages, one must highlight the tasks carried out by notaries on a daily basis, which are of great importance from both a legal and linguistic point of view.

The legal basis for the recognition of the Basque language in the case of both the Basque Autonomous Community and Navarre can be found in various legal provisions, founded initially in Article 3 of the Spanish Constitution of 1978:

1. *Castilian is the official language of the State. All Spaniards have the obligation to know and the right to use it.*
2. *The remaining Spanish languages shall also be official in their respective Autonomous Communities, in accordance with their respective devolution legislation.*

Article 3 was implemented in the Basque Autonomous Region's Devolution Act (*Estatuto de Autonomía*) 1979, Article 6 of which provides as follows:

1. *Basque (Euskera), the language of the Basque people, shall together with Castilian be an official language of the Basque Country (Euskadi) and all of its inhabitants have the right to know and use both languages...*
2. *No one may be discriminated against on the grounds of language.*

This provision was further developed in Law 10/1982 of the 24th November on the normalisation of the use of *Euskera*. Although no specific mention is made as regards the co-official status of *Euskera* in the work of notaries, the following is provided:

Article 5

1. *All citizens of the Basque Country have the right to know and use the official languages, both orally and in writing.*
2. *The following fundamental linguistic rights shall be recognized in favour of the citizens of the Basque Country: a) The right to communicate in Euskera or Castilian both orally and/or in writing with the Public Administration or any Organ or Entity based in the Autonomous Region ... d) The right to carry out one's professional, employment and trade union activities in Euskera.*

Article 6

1. *The right of all citizens to use both Euskera and Castilian in their relations with the Public Administration in the territory of the*

Autonomous Region and to be dealt with in the official language of their choice is recognized.

Article 9

1. *Petitions in writing and documents presented in Euskera as well as judicial acts shall be fully valid and effective.*

As regards the Community of Navarre (*Comunidad Foral de Navarra*), the constitutional provision has been applied through Article 9 of *Ley Orgánica 13/1982* of the 10th August on the reintegration and improvement of the traditional system providing for local privileges in Navarre (*Reintegración y Amejoramiento del Regimen Foral de Navarra*) which provides as follows:

1. *Castilian is the official language of Navarre.*
2. *Basque shall also be considered official in the Basque-speaking areas of Navarre. A local law shall establish such areas, shall regulate the official use of Basque, and shall provide for teaching of this language within the general legal framework of the State.*

Further to the Basque-speaking having been established as indicated above, Local Law (*Ley Foral*) 18/1986 of the 15th December on the Basque Language (in this case the Castilian term “Vascuence” is used) provides as follows with respect to the Basque-speaking areas:

Article 12

Public documents shall be drafted in the official language chose by the grantor, or, in the case of more than one grantor, in the language chose by them. Persons authorized to publicly certify the valid execution of documents (fedatarios públicos, which would include notaries) shall issue copies or certificates in Castilian or Basque as requested by interested parties and translate originals and documents as required and shall be responsible for same. In any event, documents intended for use outside the Basque-speaking areas shall be issued in Castilian.

2. THE LEGAL TASKS OF NOTARIES: ORGANISATIONAL AND LINGUISTIC CONTEXT IN THE BASQUE COUNTRY AND NAVARRE

The framework for the co-official status of the Basque language with Castilian in the Basque Country and Navarre with respect to the work of notaries must be considered together with provisions relating to the organization of the functions of notaries and their linguistic regulation in both autonomous regions.

These rules on the organization and linguistic regulation of notaries arise in the case of both autonomous regions, both under the Basque Autonomous Region's *Estatuto de Autonomía* as well as the *Ley de Reintegración y Amejoramiento del Regimen Foral* in the case of Navarre, both of which are laws which grant the respective regions powers with respect to the appointment of notaries. More specifically, the relevant provisions are Article 10.22 in the case of the Basque Autonomous Region and Article 52.1 in the case of the Navarre, whether furthermore knowledge of local laws (*Derecho Foral de Navarra*) is taken into consideration. Nevertheless, in both cases, the organizational provisions of laws of the State apply.

Consequently, the specific and linguistic rules on the activities of notaries must be complemented by Articles 1 and 25 of the statute on notaries (*Ley del Notariado*) of 1862, which provide as follows:

Article 1

1. The notary is the public civil servant authorized to certify facts (dar fe) in accordance with laws, contracts and other extrajudicial acts. In the entire kingdom, there shall be a single class of such civil servants ...

Article 25

Public documents shall be drafted in Castilian, and shall be clearly written without abbreviations and blank spaces...

These provisions are then expanded in a Decree of the 2nd June 1944 which contains the Rules on the operation of notaries (*Reglamento Notarial*) and Article 1 of which provides as follows:

1. The body of notaries (el Notariado) shall be made up of all of the notaries of Spain, with identical functions and with the rights and obligations established by laws and regulations. Notaries are both civil servants and practitioners of the law, and the organization of notaries shall be based on this new characteristic. As civil servants, they certify the veracity of acts, a task which consists of and protects two separate elements: A) As regards facts, their precise content as seen, heard or perceived personally by the notary. B) As regards the law, the authenticity and proof of declarations of will expressed by the parties in public documents drafted in accordance with the law. As legal practitioners, their task is to advise those who seek their expertise and recommend the legal instruments best suited for achieving their legal objectives. ...

This dual characteristic of being both a civil servant and legal practitioner which is peculiar to notaries is also present in the new linguistic provisions on public documents in article 149 of the Rules as provided in Royal Decree 45/2007 of the 19th January:

Public documents shall be drafted in the official language of the place where they are executed agreed by the grantors. In the event that the grantors do not agree to the use of only one of the official languages, the public documents must be drafted in the official languages which exist. Copies of the document shall be issued in the official language requested by the person requiring same.

This new system of linguistic rules is debtor of the system already referred to with respect to the Basque Country and Navarre and highlights an important initial characteristic for this paper, given that once the use by notaries of the Basque language in both autonomous regions has been guaranteed, one may then consider the terminological needs which arise from such use of the language by notaries.

One must also refer to two characteristics which derive not just from the fact that there are two official languages, but also because of the application of civil law in the Basque Country and Navarre, given that in both regions, specific local systems of civil law exist. In Castilian they are referred to as “*derechos civiles forales*”, and they have their own linguistic rules, in addition to those specifically provided for in Article 684 of the Spanish Civil Code with respect to wills executed before a notary:

When the testator expresses his will in a language which the notary does not understand, the presence of interpreter is required, to be chosen by the testator, and who shall translate the testamentary disposition to the official language of the place applicable to the notary. The document shall be drafted in both languages and indicating which was used by the testator. Open wills and documented closed ones shall be drafted in the foreign language expressed by the testator and in the official one used by the notary, even when the notary knows the foreign one.

Local civil law in the Basque Country, established by law 3/1992 of the 1st July, provides as follows:

Article 15

Acts and contracts regulated by this legislation may be formalized in the Basque language. Save as provided in linguistic legislation for the time being in force, when such a document is executed before a notary who does not know Basque, an interpreter chosen by the grantor shall intervene in order to translate the document to Castilian, and the document shall be drafted in both languages, as provided in the Reglamento Notarial (the rules on the operation of notaries).

To end, Law 192 on the Compilation of Local Civil Law or *Fuero Nuevo* in Navarre from 1973 provides as follows:

The people of Navarre may make their wills in the Basque language. If the will is made before a notary who does not understand Basque, the presence of two interpreters chose by the testator is required, and

they shall translate his wishes to Castilian. The will shall be drafted in both languages, as provided in the Reglamento Notarial.

We are therefore in a position to characterize the work of the notary from his role as a linguistic and legal-cultural mediator with needs of a terminological nature resulting from the fact that his function is both that of a civil servant and a professional adviser. The characteristic of this role are therefore as follows:

1. The notary is a linguistic and legal-cultural mediator as he has legal training and his task socialises his legal knowledge through his relationship with his clients as a professional legal adviser, as defined in Article 1 of the *Reglamento Notarial*, with a view to advising them on the legal means available to best achieve their lawful objectives.

2. The notary is a linguistic and legal-cultural mediator as he formalizes the wishes of his clients in a series of documents which are of a public nature and so are irrefutable proof of their contents by virtue of the fact that the notary is a civil servant.

3. The notary is a linguistic and legal-cultural mediator as he is obliged to use a series of linguistic and legal resources to which he has recourse as a result of his knowledge of the law are more specifically of the branches of the law in which he specializes, such as civil and commercial law, in addition to taxation and other related disciplines, such as the law applicable to notaries. Consequently, he is a first-rate legal practitioner in the sphere of private law.

4.-The notary, in autonomous communities with co-official languages, is a linguistic and legal-cultural mediator as he uses both languages and furthermore does so in carrying out functions of a legal nature, including the use of a language in the formal drafting public deeds as well as in less formal tasks, such as dealing with his clients orally or in writing, in the official language requested by the client.

5. The notary, in autonomous communities with co-official languages, is furthermore a linguistic and legal-cultural mediator, and agent for regulating and normalizing the use of the co-official languages other than Castilian, as he uses specialised legal terminology¹ and specific legal language² of his own both in Castilian and in the other co-official language. In the case of the Basque Country and Navarre, he uses Castilian, the language which is consolidated in the work of notaries, and Basque, a language in the past not used by notaries and which consequently required terminology and legal language suited to the work of notaries.

To conclude, in the case of the Basque Country and Navarre, we can consider the notary a specialist in the field of private law, with a theoretical and practical knowledge of private law both with respect to the Civil Code and specific local private law, applying both on a daily basis in the co-official languages of these regions. As a result of this, he is also a linguistic and legal-cultural mediator by explaining the content of private law to his clients, thus satisfying their legal and linguistic needs.

Another important point which results from the existence of the local civil laws which are particular to the Basque Country and Navarre and different to those in the Spanish legal system is that they have an extensive legal terminology of their own in the Basque language which has made its way into the Castilian drafts of those local laws and which the notary needs to be familiar with and use. It includes words such as *alkar-*

¹ IMAZ LEUNDA, M. (2012). "Terminologia euskal itzulpengintzan". In García Murga, F. y Madariaga Pisano, N. (arg.). Bilbo: Udako Euskal Unibertsitatea. 197: She insists on the idea of the dependence of legal terminology in Basque with that in Castilian and French as the legal and administrative terminology is linked to the legal and political systems of each of the two States, and where applicable, to European Union Law.

² ALCARAZ VARÓ, E. (2000). *El jurista como traductor y el traductor como jurista*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra. 15-16: This author highlights the macrostructures of legal texts and within them their similarity on the basis of the area involved, as well as their communication function, method of discourse and common socio-pragmatic convictions, all of which must be borne in mind by translators of specialist legal texts.

poderoso (reciprocal will), *hilburukoa* (will made when in fear of dying, *ondazilegia* (communal land), *langa*, *keleta* (easements) and others which make up the focal point of these local laws of the Basque Country and Navarre, and which are of a customary nature have been formed over the centuries and today are still used by the people.

3. THE PROFESSION OF THE NOTARY IN THE BASQUE COUNTRY AND NAVARRE: CHARACTERISTICS

From a professional point of view, notaries from the Basque Country and Navarre can be characterised by the fact that their professional and linguistic training is broadly similar and conditioned by the means of access to the profession existing today at State level, which requires a Degree in Law followed by preparation for the public exams which lead to being awarded a post, during all of which knowledge of the co-official languages is not taken into consideration.

Although it is true that course and exam contents require knowledge of what is strictly legal, that is, knowledge of Spanish Civil Law, both common and local, the same does not occur with respect to knowledge of the Basque language in the case of notaries practising in the Basque Country and Navarre, where such knowledge is minimal, never exceeding 2% or 3%. However, it is true that newer generations entering the profession have greater knowledge of the Basque language and it is hoped that through the introductions of the Basque language in the course programmes of law faculties in the Basque Country and Navarre, the percentage of notaries with knowledge of Basque will increase substantially in the future.

Even without a basic socio-linguistic analysis on the attitudes and uses of the Basque language in the daily work of notaries in the Basque Country and Navarre, it is commonly used in Basque-speaking areas in

making the initial verbal contacts with notaries, although its subsequent use in writing drops to around 3% in the best of cases³.

Furthermore, given the linguistic characteristics of the Basque Country and Navarre, the relationship is usually maintained by employees of the notary's office who are generally locals and native speakers of Basque who however may not have any specific written training in the language, both in general terms as with respect to specific legal vocabulary.

This situation greatly conditions the use of the Basque language both at written and oral level and in particular with respect to the possibility of being used normally by notaries in the immediate future. However, it is also true slowly but surely, there is an ever-increasing demand for the use of Basque in notarial documents. This is a demand which today is met in the case of the Basque Country through the translation services offered by the *Ilustre Colegio Notarial del País Vasco* (Faculty of Notaries of the Basque Country) and in the case of Navarre, through the translation services of the Government of Navarre which verifies the quality of translations.

To summarise, with respect to the common use of both Castilian and Basque, the body of notaries in the Basque Country and Navarre uses the Basque language on a very small scale, and shows a lack of preparation for the needs of the use of both languages. However, such needs are not backed by a massive demand for the use of Basque in the work of notaries.

Therefore, this article is based specifically on a bilingual notaries' practice which uses both languages in the drafting of notarial deeds as well as in the oral and written dealings with its clients, and in which both of the practicing notaries are versed in both oral and written Basque, and half of the staff are also bilingual, some with the ability to draft deeds in both languages. This is therefore an exception to the general rule, and indeed an exception to what the writer indicated above, but nevertheless an exception which allows us to question and meditate on the ter-

³ Own statistics.

minological needs of notaries in the Basque Country and Navarre through the daily dealings of a bilingual practice. In so doing, it also allows us to ask questions of the terminological needs of other linguistic and cultural mediators such as translators, interpreters and persons charged with achieving the standardization of both languages, when faced with producing notarial texts and deeds in Basque.

4. TERMINOLOGICAL NEEDS OF A BILINGUAL NOTARIES' PRACTICE

Given the circumstances already mentioned, it is obvious that the terminological of a bilingual notaries' practice are determined by various factors. The first is due to the fact that translation and terminological overlap considerably within this area of specialised communication which arise in the work of notaries. It is a specialised communication which involves the drafting of documents in a starting-off language (Castilian) being transformed into another language, Basque⁴. Its typical characteristics are as follows:

a) The topic (Private Law) and its cognitive perspective, which are specific to it, in so far as the subject dealt with is specialised and the resulting text brings together specialised knowledge. This is what happens in the case of documents typically drafted by notaries, such as deeds, wills and minutes.

b) Those intervening are the notary and the persons listening to him. The notary is the specialist, the holder of the knowledge which he pos-

⁴ ENGBERG, J. (2013). "Why Translator are not Lawyers. On Differences and Similarities of Interest and Knowledge". En ALONSO, I.; BAIGORRI, J y CAMPBELL, H. (eds.) *Translating the Law. Theoretical and Methodological Issues. Traducir el Derecho. Cuestiones teóricas y metodológicas*. Granada: Editorial Comares. 31: *If we start by looking at the description of the act of translating, we observe that it concentrates upon producing texts that convey the same choice of knowledge elements in a target text as those presented in a source text. Thus, the task is, so to speak, one of depicting a previous instance of communication. What a lawyer does is different: the lawyer solves social problems on the basis of legal knowledge. In a previous work... I have suggested to see this difference as one between an architect (=the lawyer) and a portrait painter (= the translator)*

esses because of his training and professional experience, while the information is aimed at persons of differing backgrounds but are basically the notary's clients or other legal practitioners.

c) The message, which takes the form of a public document or advice given, and the most relevant points of which are its legal and notarial terminology which result in the texts having a denser level of terminology as they become more specialised, and the use of formulas which have become consolidated through their usage.

It is because of this that today an adequate terminology is required which allows us to achieve a specialised translation with a high level of quality and which at the same time achieves a linguistic and legal equality which results in legal certainty. This is a concept which after all arises because of terminological precision as well as legal knowledge as without either it would be impossible for a notary to certify legal facts (in Spanish, *dar fe*).

Consequently, it is important to bear in mind the legal and linguistic aspects of legal translations⁵ as well as the concept of legal certainty which is fundamental when considering a specialised translation from Castilian to Basque in the sphere of the work of notaries⁶.

⁵ GÉMAR, J.-Cl. (1997). "Traduire le langage du droit en contexte bilingue et bijuridique. Le Canada : un cas d'espèce ? En Schena, L. (ed.) *La lingua del Diritto. Difficoltà traduttive. Applicazioni didattiche*. Roma: Cisu. 83-84. *En fin, le problème de l'équivalence des effets juridiques du texte qu'il traduit ne se pose pas dans les mêmes termes pour le traducteur et pour le juriste. En schématisant, à l'extrême, disons que le premier visera l'équivalence linguistique, pensant être quitte de la partie juridique, la lettre -donc le sens- étant respectée. Le second cherchera à réaliser l'équivalence juridique, estimant que, le droit étant exprimé, la lettre suit ipso facto. Or, dans un cas comme dans l'autre, c'est la rencontre et la fusion harmonieuses des deux éléments constitutifs du texte -contenant e contenu- qui produiront l'équivalence souhaitable.*

⁶ BELLOCH JULBE, J.-F. (2006). «Sistema público extrajudicial de seguridad jurídica preventiva». *El Notario*, 5. En <http://www.elnotario.com/egest/noticia>: a) "La seguridad jurídica, entendida como certeza en el comportamiento de los poderes públicos y en las consecuencias de los actos y omisiones de los ciudadanos, constituye una "conditio sine qua non" de la economía de mercado". b) "Nuestro sistema público de seguridad jurídica preventiva extrajudicial está basado en las presunciones de legalidad, autenticidad de forma y fondo, e integridad del contenido de los documentos públicos notariales. Tra-

So, the objective is that the notary as a specialist or, when applicable, as a translator, or other linguistic and cultural experts who take part, can achieve a sufficient degree of specialised knowledge in order to satisfy the terminological and linguistic needs, and consequently those required to secure legal certainty, all of which are requirements of the work of the notary, through specialised texts. For this purpose, knowledge is required not only of the law (in this case of Spanish private law as well as of local private laws in the Basque Country and Navarra) but also of both the Basque and Castilian languages.

With respect to the four different levels of implication by the translator with the terminology, there has been progress in the work of notaries in both the Basque Country and Navarre, although the final level of implication has not yet been achieved.

The process can be described diachronically as follows:

1. First level of implication

The notary, as both a legal specialist and translator, or, where applicable, the linguistic and cultural assistant, is faced with the need to translate a specialised term of private or notarial law in Castilian and because of the fact that traditionally such terms have not been translated, does not have access to an equivalent in Basque. He turns to general bilingual dictionaries of Castilian and Basque. In 1978, these dictionaries lack of the required specialization to resolve his problems, so, it was necessary for him to make an explanation of the term or, also, reproduce the castilian term in Basque language.

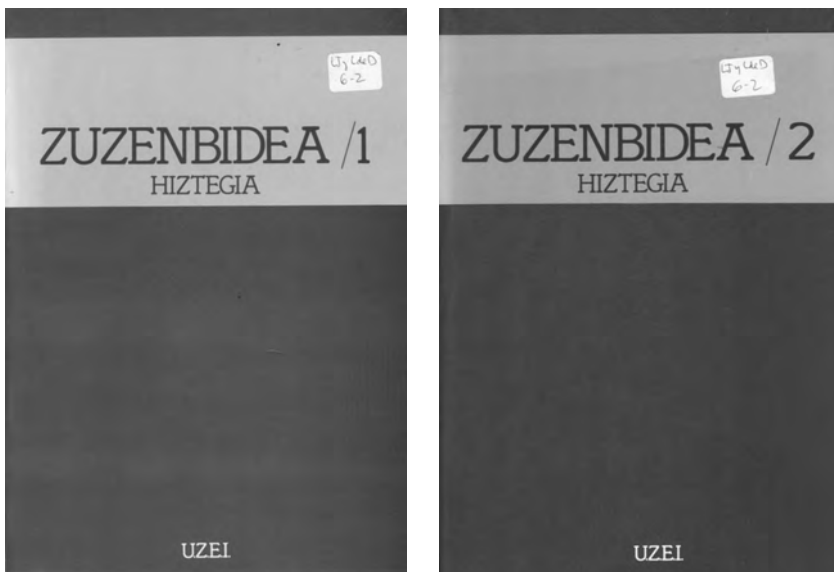
2. Second level of implication

Here, the notary or the linguistic and cultural assistant decides to fill the linguistic vacuum by creating a neologism in Basque.

tándose de transacciones inmobiliarias, lo está, además, en las presunciones de legalidad, exactitud e integridad del contenido de los asientos de “inoponibilidad” y “adquisición a non domino”, y se justifican las llamadas “presunciones legitimadoras” (de existencia y posesión de los derechos inscribibles inscritos).

3. Third level of implication

At this level, we find a notary or a linguistic and cultural assistant who is active in the field of terminology which he gathers from the texts he translates, and organises it into a data base which enables him to provide terminology which is more coherent than at the previous levels. In the case of Basque, the origins of this task were the collaboration of the body of notaries with the *Centro de Terminología en Euskera UZEI* and the publication of a dictionary of law in Basque (*Zuzenbidea Hiztegia*, 1985. Annex 1), which is encyclopaedic and terminological in nature is the basis of all subsequent development of legal terminology in Basque, including that used by notaries.



[Annex 1]

Dictionary of Law in Basque, 1985

4. Fourth level of implication

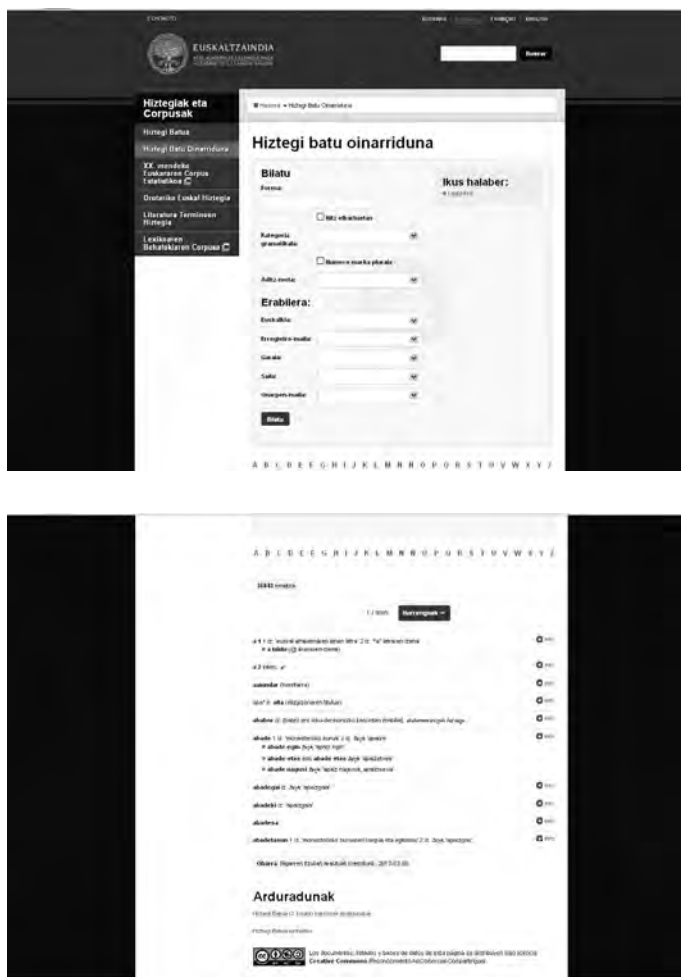
Here, the notary or linguistic and cultural assistant is active in producing texts and in co-operating with various public and private institutions such as *UZEI* or the *Servicio Oficial de Traductores del País Vasco* (official translators' service), *Comisión de Terminología del Gobierno Vasco* (EUS-KALTERM, the Basque Government's Committee of Terminology) or the *Ilustre Colegio Notarial del País Vasco* (Faculty of Notaries in the Basque Country) in editing, through bilingual glossaries, the work he produces, so that it can be used by others. He becomes a systematic terminologist and applies a plurilingual terminology. A still embryonic example of this fourth level of implication is the *Glosario de términos notariales y de Derecho civil foral del País Vasco* (Glossary of Terminology for Notaries and of local civil law in the Basque Country, Annex 2), in which new technology and the bilingual terminology of notaries in relation to general and local civil law in the Basque Country are inter-related.



[Annex 2]

Glossary of Terminology for Notaries and of Basque civil law in the Basque Country

get the *Diccionario Ortográfico Fundamentado (Hiztegi Batu Oinarriduna)* which provides the entire evolution of an entry or subentry until it is accepted in the *Diccionario ortográfico* (orthographical dictionary) which is also available on internet (Annex 4).



[Annex 4]

Orthographical Dictionary of Euskaltzaindia. Evolution of the entries and subentries

2. Dictionary of Euskaltzaindia. Meanings and examples (*Euskaltzaindiaren Hiztegia. Adierak eta adibideak*)

It is the first monolingual dictionary in Basque which encompasses approximately 20,000 definitions and examples of the entries and subentries in the orthographic dictionary, uses the same marks as that dictionary and provides meanings and examples of the words together with some grammatical categories, and therefore provides defines some legal terms from the perspective of a general dictionary. The first edition was published in 2012 and the second edition is now being worked on (Annex 5).



[Annex 5]

Dictionary of Euskaltzaindia. Meanings and examples, 2012

Apart from these important but purely lexicographical and normative sources which guide both professionals and translators in a language, Basque, which has not tradition in specialised use of such terminology, the following terminological sources are also commonly used by notaries:

1. *Glosario de términos notariales y de Derecho civil foral del País Vasco.* (Glossary of notarial terminology and local law of the Basque Country)

From the point of view of specialisation in the field of the work of notaries, it is the most useful terminological source available at present,

as it covers the four factors involved in the work of notaries in the Basque Country and Navarre by covering terminology of the ordinary civil law as well as local laws and furthermore does so through a glossary which includes definitions of each of the terms together a short commentary and example, as well as tightly connecting both languages.

2. *Memoria de traducción* (Translation data base)

Documents drafted by notaries which have been translated over the past 25 years have been added to a translation data base through *Trados*. The data base can be consulted for terminology and provides a growing number of texts which in turn have given rise to bilingual precedent documents, which are very important in the day-to-day work of the notary. This data base is what is used the translation service of the *Ilustre Colegio Notarial del País Vasco* (Faculty of Notaries of the Basque Country – Annex 6).

[Annex 6]

Faculty of Notaries of the Basque Country

Model of last will or testament in basque language (Basque civil law)

EGARRREN ZENHARIA -----
 * (e)n, nire egoitzan, *(u)ko *arun * (e)an,
 goizoko/azratzaileko * orduak eta * minutu direnolan.
 Nire, *, *(e)ko Notario Elkargo Txiki Prestuko
 kide naizen honen aurrean, -----
 AGENTZEN DA:
 * JAINA/ANDEA, *(e)n jaia, *(u)ko *arun
 *(e)an, hilda dauden = jaunaren/andreaken eta *
 jaunaren/andreaken seme/alaba, *(e)ko birtanlea,
 *(e)an egoitza duena, eta notariun-agitiaren
 zehakia * duena.-----
 Bere inquiruabar pertsonalak bere
 adierazpenetatik atera dira.-----
 Bada, nire abuzuz, testamentua egiteko behar
 adinako lege-gaitasuna. Bere azken nahis adierazten
 du, eta nik, notarioak, azken nahi hori idatziz
 jasutzen dut, haren abuzuz jarraitbidea arabera,
 hurrengo klausulekin bat etorriz.-----
 KLAUSULAK:
 LEHENENGOR. Bere azkenetari, gaur egun

berarantzet bakarra den horri, foru-komunikazioaren
 lege-arabidea (edo kasuan kasukoa) aplikatzen zaio.
 Eskontza horretatik, * seme-alaba izan ditu, *, *

eta * izenekok.-----
 BIGARRENA.- Adierazten du Bizkaiko foru-
 legeriaren mende dagoela, jatorriaren ondorioz eta
 auzotasunaren ondorioz.-----

HIRDGARRENA.- Aipatu seme-arri/eme-arri, *
 jaunari/andeari, testamentu-ahalordea ematen dio,
 bakoitzak, foru-komisarin itaeraz, bere ondasunak
 xeda ditzan, bi-bien seme-alabà eta ondorangon
 artean, edo bestelakoen artean, batzuei gehiago eta
 beste batzuei gutxiago emanaz, edo zati berdinetan,
 horretarako dohaiztrak, legatuak, jaraunkle-
 izendapenak eta bestorketak eginez, Bizkaiko foru-
 zuzendidearen arabera, behingor nahiz behin baino
 gehiagotan, baita itaera ezetagarriarekin eta.-----

Ahalorde hori alarjuneran bizi osorako ematen
 da; baina, alarjuna berri: eskontzen bada edo
 izateko bikotea utzaten bada, ezertaturik geratuko
 da.-----

Alarjuna, ahalordea erabiltzen ez duen
 bitartean, herentziako ondasunen administrazioari
 eta gogamari utziko dio.-----

Model of last will or testament in castilian language (Basque civil law)

NUMERO * -----
 En *, mi residencia, a * de * de *, siendo las
 * Horas y * minutos de la mañana/tarde.-----
 Ante mi, *, Notario/ria del Ilustre Colegio No-
 tarial de *, -----
 COMPARACE: -----
 DON/DOÑA *, nacido/da el * de * de *, en *,
 hijo/ja de Don/Doña * y Don/Doña *, ya fallecidos,
 vecino/a de *, con domicilio en *, y con documento
 Nacional de Identidad número * -----
 Constan las circunstancias personales de sus ma-
 nifestaciones. -----
 Tiene a mi juicio la capacidad legal suficiente
 para testar, y ordena su última voluntad que yo,
 el/la Notario/ria, redacta conforme a sus instruc-
 ciones verbales en las siguientes.-----
 CLAUSELAS: -----
 PRIMERA.- Manifiesta que, de su único y actual
 matrimonio, regido por el régimen legal de comuni-
 cación foral (o el que proceda), tiene * hijos, llama-

dos *, * y * -----
 SEGUNDA.- Manifiesta hallarse sujeto/a a la le-
 gislación foral vizcaína, por razón de su origen y
 vecindad. -----
 TERCERA.- Que confiere a su citado/da esposo/za,
 Don/Doña *, poder testatorio para que, con el carác-
 ter de Comisario/ria, disponga de sus bienes en
 favor de los hijos y descendientes comunes, u otras
 personas, dando a unos más y por lo tanto a otros
 menos, o a partes iguales, haciendo al efecto las
 donaciones, legados, instituciones de herederos,
 exclusiones y apartamientos, con arreglo al Derecho
 Foral Vizcaíno, en una o varias veces e incluso con
 carácter revocable. -----
 Dicho poder se confiere por toda la vida del
 cónyuge superviviente, pero si éste contrajera poste-
 rior matrimonio o se constituyese en pareja de
 hecho, quedará revocado al mismo. -----
 En tanto no haga uso del Poder retendrá la admi-
 nistración y usufructo de los bienes relictos.-----
 El cónyuge superviviente podrá también atribuirse
 el usufructo universal de la herencia, mientras se
 conserve viudo/da o no se constituya en pareja de
 hecho. -----

Model of last will or testament in basque language (Spanish civil law)

*GAPEN ZENBAKIA.-----
 *(e)n. nire egoitzan, *(e)ko *aren *(e)n.
 goizeko/arratsaldeko * orduak eta * minutu direnean.
 Nire, *, *(e)ko Notario Elkargo Txiki Præstuko
 Kide naizen honen aurrean, -----
 AGERTZEN DA: -----
 * JAUNA/ANDREA, *(e)n jaioa, *(e)ko *aren
 *(e)an, hilda dauden * jaunaren/andarearen eta *
 jaunaren/andarearen seme/alaba, *(e)ko bitartean,
 *(e)an egoitza duena, eta naztasun-agiriaren
 zerbakia * duena.-----
 Bere inguruabar pertsonalak bere
 adierazpenetatik ateratzen dira. -----
 Hada, nire aburuz, testamentua egiteko behar
 adinak lege-gaitasuna. Bere azken nahia adierazten
 du, eta nik, notarioak, azken nahi hori inaktib
 jasotzen dut, haren azko jarraibideen arabera,
 hurrengo klausulekin bat etorriti.-----
 KLAUSULAK: -----
 LEHENENGA.- Adierazten du bere ezkontzari, gaur

egun bezarrentzat bakarra den horri, irabazpiderokoa
 lege-arabidea (edo kasuan kasuko) aplikatzen
 zaiola, eta, ezkontza bururatik, * seme-alaba izan
 dituela, *, * eta * izenekok.-----
 BIGARRENA.- Adierazten du *(e)ko legeriazten
 mende dagoela, jatorriaren ondorioz* edota
 auzotasunaren ondorioz*.-----
 HIRUGARRENA.- Alpato ezkontideari, *
 jaunari/andeari, legatuen ematen dio bere
 jarduariaren gaineko gozamen uihbertaak eta hiru
 artekoa. Inbentarioa egiteko eta fidantza emateko
 betabeharretatik askatzen du, eta ahalmena esaten
 dio legatu honen gaineko adierazte beraren kabuz
 eskuratzeko. Seme-alabel, nahitaezko jaransle diren
 neurrian, arren eskatzen die gozamen hori oso-osoarik
 errespetatzea, eta agintzen du, semeak edo alabak,
 wuretatik batek, gozamena arkaratzen bada, horrek
 bere seniparte bertsia besterik er duela jasoko. Eta
 gutxiak ere gozamena eskuratzatzen badute, eta kasu
 horretan bakarrik, alpato ezkontideari, *
 jaunari/andeari, legatuen ematen dio bere
 jarduariaren xedapen azko herena, jabetta caoz,
 leger hari dagoen gozamen-kutxa gain. -----
 *HIRUGARRENA.- Alpato ezkontideak, *

Model of last will or testament in castilian language (Basque civil law)

*GAREN ZENBARIA.-----
 *(e)n. nire egoitzan, *(e)ko *aren *(e)an.
 goizeko/arratsaldeko *orduak eta *minutu direnean.
 Nire, *. *(e)ko Notario Elkargo Txiki Prestuko
 kide naizen honen aurrean,-----
 AGERTZEN DA:-----
 * JAUNA/ANDREA, *(e)n jaice, *(e)ko *aren
 *(e)an, hilda dauden * jaunaren/andreaken eta *
 jaunaren/andreaken semea/alaba, *(e)ko biztanlea.
 *(e)an egoitza duena, eta nortasun-egiazaren
 zenbakia * daria.
 Bere ingurubari pertsonalak Bere
 adierazpenetatik atertz dira.
 Badu, nire ahuruz, testamentua egiteko behar
 adinako lege-geitasuna. Bere akten nahiz adierazten
 du, eta nik, notarioak, akten nahi hori idatzit
 jasotzen dut, hasen lehoko jarraibideen arabera,
 buruzkoa klausulekin hat estortzi:-----
 KLAUSULAK:-----
 LEHENENGOA.- Adierazten du bere ekontzari, gaur
 egun berazentzat bitartea den hori, irabazpidezko
 lege-irauindae (edo kasuan kasuko) aplikatzen
 zaitela, eta, ezkontza horretatik, * seme-alaba izan
 dituela, *, * eta * izatekoak.-----
 BIGARRENA.- Adierazten du (*jak) legeziaren
 mende dagoela, "jainariaren ondorioz" edo
 auzokoizunarek ondorioz".-----
 HIRUGARRENA.- Alpatu *ekontzidari, *
 Jaunari/andreaki, legatuen ematen dit bere
 jarauntsiaren gaineko goramen unibertsal eta hiri:
 arteko, inbentarioko egiteko eta fidantza emateko
 betebehazteratik askatzen du, eta ahalizene ematen
 dio legatu honen gaineko emakitta betaren kabuz
 eskuratzeo. Seme-alabi, zahizseko jaraunee diren
 neurrian, arren eskatzeo die goramen hori euz-ozirik
 errespetatzeo, eta agintzen du, semeak edo alabak,
 euzetatik batek, goramena aurkaratzen badu, horak
 bere seniparte bertako besterik ez duela jasoko, eta
 gutxiak ere goramena aurkaratzen badute, eta kezu
 horretan ezarrik, alpatu *ekontzidari, *
 Jaunari/andreaki, legatuen ematen dit bere
 jarauntsiaren mendapen semeeko herena, jabetza osoz,
 legar hari dagoekin goramen-kustak gain.-----
 HIRUGARRENA.- Alpatu *ekontzidari, *

Translation data base



3. Legal dictionaries of the *Instituto de Estudios Vascos* (Institute of Basque Studies) of the University of Deusto.

Over the past few years, the University of Deusto and its Law faculty, together with the *Instituto Vasco de Administración Pública* (Basque Public Administration Institute), have published a series of fundamental legal texts on the current legal system in the Basque Country and Navarre in Basque and Castilian. They relate to Civil Law, Company Law, and in general private law and they include analytical indexes usual in this type of publication and which are genuine terminological glossaries since they provide a term in bilingual form and its place within the legal texts. In other words, they use the legal text itself as the basis of the terminology referred to (Annex 7).

[Annex 7]

University of Deusto: Law Dictionaries





Similarly, the University of Deusto has published a series of bilingual dictionaries with respect to different branches of the law, the most relevant for our purposes being the *Vocabulario de Derecho civil – Zuzenbide Zibileko Berbategia*, (Civil Law Dictionary) 2010. (Annex 8).



[Annex 8]

Bilingual Civil Law Dictionary. University of Deusto

Academia Vasca de Derecho *Boletín JADO*. Bilbao. Año XII. N° 24. Junio 2013, pp. 301-334
 Zuzenbidearen Euskal Akademia *JADO Aldizkaria*. Bilbo. XII. urtea. 24 zk. 2013ko ekaina, 301-334 or.

4. *Euskalterm* and the *Comisión de Terminología* (Terminology Commission)

Euskalterm is the public Basque terminological data base established in 2001 on the basis of the data base created by UZEI (Annex 9). It is now an essential reference point as it is in constant contact with the Terminology Commission of the *Consejo Asesor del Euskera* (Basque Advisory Council) since 2002. It has published a series of terminological dictionaries, including some relating to the law, although for now it has not ventured into the areas which are most relevant from a notary's perspective (Annex 10).



[Annex 9]
Euskalterm data base



[Annex 10]
Terminological Dictionaries. Terminology Commission of the Basque Advisory Council



The Terminology Commission has furthermore published a series of guidelines on the manner of drafting terminological works in Basque (*Terminologia-lanaren metodologiako eskuliburua*, 2002) which are of great interest and indeed applicable in the work of the notary, and are linguistic, terminological, sociolinguistic and pragmalinguistic in nature (Annex 11).



[Annex 11]
Handbook for Drafting Terminological works in basque

5. The *Derecho civil foral vasco* (Basque Civil law) web – *www.forulege.com*

For some years, the Faculty of Notaries in the Basque Country which together with other professional bodies has participated in the creation of the *Academia Vasca de Derecho – Zuzenbidearen Euskal Akademia* (Basque Academy of Law) has promoted a bilingual web on local civil law, *www.forulege.com*, where one can find information on Basque civil law in Basque and Castilian, as well as bilingual precedents which prove very useful in the work of the notary. Although a specific terminological element for notaries is not yet available, the background information is very useful (Annex 12).

The screenshot shows the website *www.forulege.com* with the title "Web de derecho civil vasco". The main content area is titled "Presentación" and contains text in Basque. The text describes the development of a database of Basque Civil Law by the Academia Vasca de Derecho. It mentions that the database is based on the content of the Basque Civil Law, from a professional perspective, and is available in Basque and Castilian. It also mentions that the database is available in a professional perspective, and is available in Basque and Castilian. The page includes a navigation menu at the top with items like "PRESENTACIÓN", "BIBLIOTECA", "LEYES", "BIBLIOGRAFÍA", "FORMULARIOS", "JURISPRUDENCIA", "FAQ", "MAPAS", "BLOG", "ENLACES", and "CONTACTO". On the right, there is a logo for "Bizkaia" and a coat of arms. At the bottom, there are logos for "AVD-ZEA", "MAP", "bbk", "BFA DFI", and "Cron de Estudios del Derecho civil Foral del País Vasco".

[Annex 12]

*Basque civil law web: www.forulege.com*6. The *Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP* – Basque Public Administration Institute) web and its official translation service (IZO) (Annex 13).



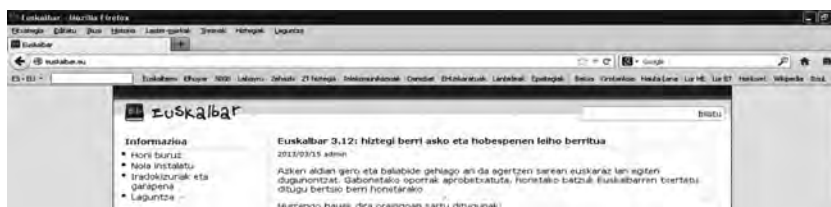
[Annex 13]

Basque Public Administration Institute web and its official translation service (IZO)

Although not aimed specifically at the work of notaries, the web does provide documentation useful in bilingual legal work, such as bilingual legal texts, dictionaries and a translation data base, and which is furthermore easy to Access.

7. Other resources

One worthy of note is the *euskalbar* application which provides coordinated Access to a great deal of lexicographic resources, both monolingual and bilingual in Basque and Castilian and French. (Annex 14).



[Annex 14]

Euskalbar application

6. AN EVALUATION OF THESE RESOURCES IN RELATION TO PERCEIVED NEEDS

A first look suggests that the terminological resources available and of use to a bilingual notary's office in the Basque Country and Navarre are clearly insufficient for the purpose of globally dealing with all that arises and needs to be dealt with in a bilingual Basque-Castilian context.

This insufficiency arises due to various factors, as follows:

1. The low demand for notarial documentation in Basque in the Basque Country and Navarre.

2. That fact that the use of Basque in the sphere of private law has not been as extensive as in public law, where the role of the public adminis-

tration in the promotion of use of Basque as a co-official language has had a greater impact.

3. The terminological resources developed to date are gravely deficient. For example, the basic legislation and rules applicable to notaries (*Ley y Reglamento Notarial*), do not exist in bilingual format with an adequate analytical index which would facilitate greater coherence and certainty as regards terminology.

4. Similarly, another fundamental deficiency is the absence of a body of texts relating to the work of notaries and using material which up to now has been produced through translation, which would enable the collection, filtering and study of the legal terminology of notaries in Basque, which in turn would be the basis for completing the glossary which currently exists and thereby obtain a reliable terminological dictionary.

5. Lastly, as the specialised language used in the day-to-day work of the notary forms an integral part of legal terminology in general, a lack of precision arises, as happens with the Basque language, as a result of the absence of coordination between the different institutions responsible for linguistic standardisation, such as *Euskaltzaindia* (the Royal Academy of the Basque Language), the Terminology Commission, universities and language businesses.

7. PROPOSAL FOR IMPROVING RESOURCES AND PROVIDING NEW ONES, AND JUSTIFICATIONS FOR SAME

Proposal for improving the situation as referred to can be summarized as follows:

1. A greater degree of implication of the legal and linguistic institutions involved. There should be closer connections between the Faculties of Notaries in the Basque Country and Navarre and the Governments of the Basque Country and Navarre, the universities and businesses involved in language, with a view to regulating in a coordinated manner the bilingual terminology to be used by in both territories.

2. Coordinated efforts in the bilingual configuration of the sources used by notaries both as regards legislation applicable to notaries and precedent documents and translation and correction services used by them (by extending those already available), as well as the creation of a linguistic data base which would enable the adequate organization and development of terminology for notaries in Basque.

3. The socialization of the terminology used by notaries in Basque through courses for notaries and their staff, as well as others involved such as translators, interpreters and persons involved in linguistic standardization which would extend the contributions to the legal and linguistic work of notaries.

4.- The previous activities are connected with normative linguistic proposals of Euskaltzaindia (*The Royal Academy of the Basque Language*) with a view to contributing terminology from the work of notaries to the linguistic rules of Basque.

5. Lastly, an important proposal which would lead to improvement is the creation of a web on which the Basque Academy of Law (*Zuzenbidearen Euskal Akademia*) has been working. One of its objectives is to compile a Basque data base of the bilingual documentation generation over the past thirty years including that used by notaries while at the same time creating a data base of up-to-date legal information capable of covering the needs of bilingual legal practitioners and translators. This would be achieved through the use of all available information technology which would ensure fast and reliable access to information.

8. CONCLUSIONS

The terminological day-to-day needs of bilingual notaries' offices in the Basque Country and Navarre are currently met through translation which in the majority of cases are from Castilian to Basque.

The notary, as a specialist and/or a linguistic and cultural mediator, is faced, when having to use technical terminology in his bilingual work, with the need to use resources which are varied and discontinuous, configured in very different ways and very time-consuming to use. Furthermore, in many cases, translation is very often sporadic and not carried out in a systematic manner, so that its terminological value is very limited.

Consequently, apart from expecting a greater degree of coordination between the different parties involved in this process, there is obviously the need for interaction between specialists in terminology and those who because of their profession are specialists in the subject, as in this case notaries, or linguistic and cultural mediators (notaries themselves, translators, interpreters or persons responsible for linguistic standardisation) who bear the onus of stimulating the normal use of Basque in the work of notaries.

9. BIBLIOGRAPHY

ALCARAZVARÓ, E. (2000). *El jurista como traductor y el traductor como jurista*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

BELLOCH JULBE, J.-F. (2006). «Sistema público extrajudicial de seguridad jurídica preventiva». *El Notario*, 5. En <http://www.elnotario.com/egest/noticia>.

ENGBERG, J. (2013). “Why Translator are not Lawyers. On Differences and Similarities of Interest and Knowledge”. En Alonso, I.; Baigorri, J y Campbell, H. (eds.) *Translating the Law. Theoretical and Methodological Issues. Traducir el Derecho. Cuestiones teóricas y metodológicas*. Granada: Editorial Comares. 23-32.

GÉMAR, J.-Cl. (1997). “Traduire le langage du droit en contexte bilingue et bijuridique. Le Canada : un cas d’espèce ? En Schena, L. (ed.) *La lingua del Diritto. Difficoltà traduttive. Applicazioni didattiche*. Roma: Cisu. 73-87.

IMAZ LEUNDA, M. (2012). “Terminologia euskal itzulpengintzan”. En García Murga, F y Madariaga Pisano, N. (arg.). Bilbo: Udako Euskal Unibertsitatea. 189-199.

ÁLBUM DE IMÁGENES
IRUDIEN SAILA
IMAGES



Los nuevos letrados señorita María Angeles Ruiz Menchaca (sobrina del presidente de la Diputación) y don Francisco Javier de Oleaga y Echeverría, jurando sus cargos ante el Tribunal presidido por el presidente de la Audiencia, don Luis Felipe Gómez y Fernández de Mariaca. (Elorza.)

Vida de Sociedad



En la mañana de ayer juraron el cargo de abogado, ante la Audiencia Provincial, la señorita María Angeles Ruiz Menchaca, hija de nuestro querido amigo el decano del Ilustre Colegio de Abogados, don Ricardo Ruiz Salas, y don Francisco Javier Oleaga Echeverría, hijo del diputado primero de la Junta de Gobierno del propio Colegio. Nuestro más cordial parabién a los nuevos letrados.

Javier de Oleaga Echeverría, nuevo letrado (1954)



Javier de Oleaga Echeverría jurando su cargo de letrado (1954)



Javier de Oleaga Echeverría con otros compañeros (1954).

Destacan, primero a la derecha, su hermano don Jesús de Oleaga Echeverría y, segundo a la derecha, su padre don Nazario de Oleaga Muguruza.



Javier de Oleaga Echeverría y su padre, Nazario de Oleaga Muguruza,
ambos letrados



BIZKAIKO Batzar Nagusiek, 1991.eko martxoaren 21ean eta Gernikako Batzar Etxean, Jose Alberto Pradera Jauregi Jn. Tx. Gorena buru izanik eta Foru Aldundiaren babespean aritu zen Legelarien Batzorde batek burututako Foru Zibil Berria onartu zuten.



LAS Juntas Generales de Bizkaia, el día 21 de marzo de 1991 y en su Casa de Gernika, aprobaron el Nuevo Fuero Civil elaborado por una Comisión de Juristas constituida bajo el patrocinio de la Diputación Foral, presidida por el Excmo. Sr. D. José Alberto Pradera Jauregi.

D. Adrián Celaya Ibarra, D.º Jtzier Monasterio Etxebarria, D. Mixel Unzueta Uzcanga, D. José Miguel Fernández Bilbao, D. Julián Arzanegui Sarricolea, D. Jesús Oleaga Etxebarria, D. Eduardo Barrada Fernández, D. Javier Caño Moreno, D. Ignacio Javier Etxebarria Etxeita, D. José María Arriola Arana, D. Jesús Hernández Hernández, D. Javier Oleaga Etxebarria, D. Andrés Urnuta Badiola, D. Ramón Varela Gorostiaga

Javier de Oleaga Echeverría miembro de la Comisión Redactora del Fuero de Bizkaia de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco.



Miembros de la Comisión Redactora del Fuero de Bizkaia de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco en el homenaje tributado por la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia el 28 de noviembre del 2012.



Acto de constitución de la Academia Vasca de Derecho, en el Salón de Actos del Archivo Foral de Bizkaia (9 de junio de 2003). De pie: Francisco Javier Oleaga, Michel Unzueta y Andrés Urrutia; sentados: Emilio Múgica, Fernando Salazar, Adrián Celaya, Santiago Larrazabal y Luís Elícegui.



Designación por la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia como socio de honor de don José Ignacio Berroeta Echevarría el 25 de marzo del 2004 en la Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao.



Lección inaugural del Curso Académico 2004/2005 de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia en la Sede del Ilustre Colegio Notarial de Bilbao. De izquierda a derecha: don Andrés Urrutia, vicepresidente de la AVD-ZEA, don Javier de Oleaga Echeverría, secretario de la AVD-ZEA, don Adrián Celaya, presidente de la AVD-ZEA, doña Belen Greaves, Diputada de Cultura de la Diputación Foral de Bizkaia y don Manuel Pardiñas, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Bilbao.



Jornada sobre la Saca Foral de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia en el Salón del Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles en Bilbao el 4 de mayo de 2006. De izquierda a derecha: don Lorenzo Goikoetxea, profesor de la Universidad de Deusto, don Javier de Oleaga Echeverría, secretario de la AVD-ZEA, don Adrián Celaya, presidente de la AVD-ZEA, don Ángel Rodrigo, registrador de la propiedad, don Gonzalo Vidorreta, abogado y don Juan Ramón Manzano, notario.



Javier de Oleaga Echeverría y Nazario de Oleaga Páramo, ambos letrados



Javier de Oleaga Echeverría junto a varios compañeros letrados

JADO

NORMAS DE PUBLICACIÓN
ARGITALPENERAKO ARAUAK
PUBLICATION STANDARDS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Las personas interesadas en publicar materiales en la Revista *JADO-Boletín de la Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria* deben tener en cuenta las observaciones siguientes a la hora de preparar los originales:

1. Los materiales deben ser originales e inéditos. Deben dirigirse al director de la Revista y hay que presentarlos por correo electrónico a la dirección siguiente: secretaria@avd-zea.com.

2. La extensión recomendada para los materiales, en el caso de los estudios, es de 10 a 25 páginas ISO A4 (es decir, aprox. de 21.500 a 56.000 caracteres), a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable. En el caso de las notas, es de 5 a 10 páginas ISO A4 (es decir, aprox. como máximo 21.500 caracteres), a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable.

3. Los plazos de presentación de originales finalizan habitualmente:

- el 30 de junio, para el número que se publica en diciembre;
- el 30 de diciembre, para el número que se publica en junio;

Los materiales se publicarán, preferentemente, en castellano y en euskera. Todo ello sin perjuicio de la publicación de números especiales y extraordinarios, cuya periodicidad se ajustará a la convocatoria correspondiente.

4. Los autores/ras deben indicar el título del texto, su nombre y apellidos, y el cargo o la profesión con que quieren aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.

5. Es necesario que los autores/ras aporten con el texto los datos suficientes para que la revista JADO se pueda poner en contacto con ellos de forma rápida (dirección, teléfonos y correo electrónico).

6. La revista JADO incluye un resumen de los textos publicados en la sección de estudios, que deben elaborar los autores/ras y presentar a la vez que el texto. La extensión máxima del resumen es de 1.000 caracteres (es decir, aproximadamente media página ISO A4, a 1,5 de interlínea). También hay que incluir una lista de palabras clave o descriptores de la materia (máximo 5).

7. Los textos deben ir precedidos de un breve sumario de los diferentes apartados en que se estructuran.

8. Se recomienda la utilización de notas a pie de página a fin de que los lectores de los textos puedan localizar las fuentes de las afirmaciones que se hacen o puedan ampliar el estudio de un punto determinado del artículo.

9. Se recomienda la inclusión de un apartado final de bibliografía, en que se recojan las obras utilizadas en la elaboración del texto o las que se consideran de referencia sobre la materia de que trata el texto.

10. Es necesario que los autores/ras organicen el contenido del texto con una introducción que defina el objeto, un desarrollo que incluya los datos y los argumentos que el autor considere oportuno aportar y una conclusión que presente una propuesta, una valoración o una reflexión final.

11. Se recomienda seguir el siguiente sistema en cuanto a la bibliografía citada:

Apellidos, Nombre, «Título del artículo», *Título de la Revista o del libro* (si el título de la revista es una sigla, no se debe escribir en cursiva), volumen, nº, ciudad de edición, editorial, año de publicación, páginas afectadas.

12. Las citas de las leyes deben seguir el modelo siguiente (o el modelo de citación usual en cada ordenamiento jurídico):

Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. Las siglas se tienen que escribir sin puntos, p.ej. LPL. La primera vez que aparezca en un artículo una sigla poco difundida, se tiene que escribir el nombre completo seguido de la sigla entre paréntesis.

14. La revista JADO publica los textos en la lengua original, si se trata de artículos escritos en castellano o euskera. Igualmente, se aceptarán textos en francés o inglés. Las palabras, expresiones y citas que aparezcan en una lengua diferente de la del texto deben escribirse en cursiva.

Los ejemplares de la revista se encuentran a disposición del público, en formato digital, en la siguiente dirección: <http://www.avd-zea.com>.

15. El autor o autores del texto ceden en exclusiva a la Academia los derechos de reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes CD-rom, en Internet o por cualquier otro medio informático, así como su inclusión en bases de datos. Los textos publicados serán remunerados en la cuantía que se establezca por la Academia y cada autor recibirá 5 ejemplares de la Revista.

16. El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos sobre la base de una evaluación, que en el caso de los estudios se realizará por evaluadores externos desconociendo la identidad del autor o autores. La evaluación tendrá en cuenta los siguientes criterios: la calidad y rigor de los argumentos presentados; la oportunidad y relevancia del artículo; y la creatividad, metodología, propuestas y aportaciones.

Se comunicará a los autores la decisión sobre publicación (en su caso, condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original) o no de los trabajos enviados, en un plazo inferior a 6 meses. Los

trabajos serán publicados como “Estudios” o como “Notas” según su naturaleza y extensión. Los autores de textos aceptados para su publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 10 días. Los originales enviados que no se considere conveniente publicar no serán devueltos al autor, ni se mantendrá correspondencia con ellos.

ARGITALPENERAKO ARAUAK

Norbaitek interesa baldin badu *JADO* aldizkarian, hau da, *Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkarian* materialak argitaratzeko, honako ohar hauek kontuan hartu beharko ditu, jatorrizkoak prestatzeko orduan:

1. Materialak jatorrizkoak eta argitaragabeak izan behar dira. Aldizkariaren zuzendariari helarazi behar zaizkio, eta, gainera, posta elektronikoz bidali behar dira honako helbide honetara: secretaria@avd-zea.com

2. Materialen neurriari dagokionez, gomendatzen da azterlanek 10-25 orrialde izatea; orrialdeok ISO A4 motakoak izan behar dira eta lerroartea 1,5ekoa izan behar da (beste modu batera esanda, azterlanek 21500-56000 karaktere izan behar dituzte, gutxi gorabehera). Azterlanak euskarri informatikoan eman behar dira, ahal bada, Word formatuan edo berrikusteko moduko antzeko formaturen batean. Gomendatzen da, bestalde, oharrek 5-10 orrialde izatea; orrialdeok ISO A4 motakoak izan behar dira eta lerroartea 1,5ekoa izan behar da (beste modu batera esanda, oharrek, gehienez ere, 21.500 karaktere izan ahal dituzte, gutxi gorabehera). Oharrak euskarri informatikoan eman behar dira, ahal bada, Word formatuan edo berrikusteko moduko antzeko formaturen batean.

3. Jatorrizkoak aurkezteko epeak data hauetan bukatu ohi dira:

- ekainaren 30ean, abenduan argitaratzen den zenbakiari dagokionez;
- abenduaren 30ean, ekainean argitaratzen den zenbakiari dagokionez;

Materialak gaztelaniaz eta euskaraz argitaratuko dira, batik bat. Horri guztiari kalterik egin gabe, zenbaki berezi eta ezohikoak argitara daitezke; deialdi egokiak argituko du zenbaki berezi eta ezohiko horien aldizkakotasuna.

4. Egileek adierazi behar dute zein den testuaren izenburua, zein diren haien izen-abizenak, eta zein kargu edo lanbiderekin identifikatu nahi duten euren burua, artikuluaeren goiko aldean.

5. Egileek, testuarekin batera, zenbait datu eman behar dituzte (helbidea, telefonoak eta helbide elektronikoa), JADO aldizkaria ahalik azkarren eurekin harremanetan jar dadin.

6. JADO aldizkariak, azterlanei dagokien atalean, argitaratutako testuen laburpena jasoko du; laburpen hori egileek eurek prestatu behar dute, eta testuarekin batera aldizkariari helarazi behar diote. Laburpenak, askoz jota, 1000 karaktere izan ditzake (beste modu batera esanda, lerroartea 1,5ekoa izanik, laburpena ISO A4 motako orrialde erdikoa izan behar da, gutxi gorabehera). Orobat gaineratu behar dute egileek gaiari buruzko gako-hitzen zerrenda (gehienez ere, 5 gako-hitz izan daitezke).

7. Testuaren barruko atalak zein izan eta atal horiei buruzko aurkibide laburra jarri behar da testuaren hasieran.

8. Testuen irakurleei erraztu behar zaie egileek egindako baieztapenen iturriak bilatu ahal izatea, eta, orobat, artikuluaeren puntu zehatz bati buruzko ikerketa sakontzea. Hori dela eta, oin-oharrak erabiltzea gomendatzen da.

9. Berebat gomendatzen da azken atala bibliografiari buruzkoa izatea. Atal horretan jaso behar dira testua prestatzeko erabili diren lanak edota testuaren gaiari buruz eredu garri izan daitezkeenak.

10. Egileek, testuaren edukia antolatzen dutenean, sarrera idatzi behar dute, testuaren xedea definitzeko; ondoren, gaia garatu behar dute, eta, garatze horretan, egileak egoki ikusten dituen datuak eta argudioak jaso behar dira; eta, bukatzeko, ondorioetan, proposamena, balorazioa edo azken hausnarketa egin behar da.

11. Bibliografia aipatzeko orduan, honako sistema hau erabiltzea gomendatzen da:

Abizenak, Izena, «Artikuluaren izenburua», *Aldizkariaren edo liburuaren izenburua* (aldizkariaren izenburua siglaren bidez eman bada, hori ez da etzanez idatzi behar), liburukia, zenbakia, argitaratze-hiria, argitaletxea, argitaratze-urtea, aipatu beharreko orrialdeak.

12. Legeak aipatzeko orduan, honako eredu hau bete behar da (edo, bestela, kasuan kasuko antolamendu juridikoan ohiko den eredu):

Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. Siglak punturik gabe idatzi behar dira; esate baterako, HPL. Erabileran urriko siglaren bat artikuluan lehen aldiz agertzen denean, izen osoa idatzi behar da, eta, ondoren, sigla jarri behar da kakotzen artean.

14. JADO aldizkariak jatorrizko hizkuntzan argitaratzen ditu testuak, baldin eta artikulua gaztelaniaz edo euskaraz idatzita badaude. Era berean, frantsesez nahiz ingelesez idatzitako testuak onartuko dira. Testuan hizkuntza zehatza erabilia, zenbait hitz, esamolde edo aipamen beste hizkuntza batean agertzen badira, horiek letra etzanez idatzi behar dira.

Aldizkariaren aleak jendearen esku jarriko dira, formatu digitalean, honako helbide elektronikoa honetan: <http://www.avd-zea.com>.

15. Testuaren egileak edo egileek modu eskusiboan lagatzen dizkiote Akademiari argitaratutako artikuluen gaineko erreproduktzio-eskubideak; lagatze horrek bere barruan hartzen ditu CD ROM euskarriak, Internet nahiz bestelako baliabide informatikoak, baita datu-baseetan sartzeko aukera ere. Argitaratutako testuak ordaindu egingo dira, Akademiak berak ezarritako kopuruarekin, eta egile bakoitzak aldizkariaren 5 ale jasoko ditu.

16. Erredakzio batzordeak erabakiko du zein lan argitaratzen den, eta, horretarako, lanen gaineko ebaluazioa egingo du; azterlanen kasuan, kanpoko ebaluatzaileek egingo dute hori, eta ebaluatzaileok ez dute jakingo nor diren egileak. Ebaluazioak kontuan hartuko ditu honako irizpide hauek: aurkeztutako argudioen kalitatea eta zorroztasuna; artikuluaaren egokitasuna eta garrantzia; eta, halaber, sormena, metodologia, proposamenak eta ekarpenak.

Egileei jakinaraziko zaie, askoz jota 6 hileko epean, haiek bidalitako lana argitaratuko den (hala denean, jatorrizko bertsioan zenbait aldaketa eginez eta horren baldintzapean) edo ez den argitaratuko. Lanen izaera eta neurria aintzakotzat hartuta, lanok “azterlanak” edo “oharrak” izango dira. Behin testuen argitaratzea onartuta, egileei eskatu ahal zaie inprimatze-probak zuzentzea; proba horiek 10 eguneko epean itzuli beharko dira zuzenduta. Jatorrizkoak bidali arren, ez bada egokitzen jo horien argitalpena, ez zaizkio jatorrizko horiek egileari itzuliko, eta ez da egileekin posta-harremanik abiaraziko.

PUBLICATION STANDARDS

Those persons interested in publishing articles in the *JADO Review of the Basque Academy of Law / Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria* magazine must take into account the following points when drafting the original:

1. The articles must be original and unpublished. They should be addressed to the editor of the magazine and must be submitted by email to the following address: secretaria@avd-zea.com.

2. The recommended article length is, in the case of field studies that of 10-25 A4 pages (that is, approx. 21,500-56,000 characters), 1.5 spacing between lines, on electronic format, preferably in Word or Revisable Form Text. In the case of explanatory notes, 5- 10 A4 pages (that is, approx. a maximum of 21,500 characters), 1.5 spacing between lines, on electronic format, preferably in Word or Revisable Form Text.

3. The submission deadlines of original papers customarily ends on:

- 30th June, for the issue published in December;

- 30th December, for the issue published in June;

The articles will be published, preferably in Spanish and Basque that is, notwithstanding the publication of special and extraordinary issues, whose frequency is adapted to the corresponding tender.

4. The authors should indicate the manuscript title, name and surnames, and the job title or profession with which they wish to be identified by in the heading of the article.

5. It is necessary that authors furnish with the manuscript sufficient information so that the JADO magazine may get into touch with them quickly (address, telephone numbers and email)

6. The JADO magazine includes an abstract of all manuscripts published in the field studies section, which must be drafted by the authors and submitted at the same time as the manuscript. The maximum length of the abstract is 1,000 characters (that is, approximately half an A4 page, 1.5 spacing between lines). It must also include a list of key words or subject descriptors (max. 5).

7. The texts are preceded by a brief summary of the different sections which the article is structured.

8. The use of footnotes is recommended so that the readers of the manuscripts may locate the sources of the statements made or to broaden the scope of the field study of a specific point of the article.

9. The inclusion of a final bibliography is recommended, where the sources used in the drafting of the manuscript or those that are considered as references concerning the subject matter of the manuscript are complied.

10. It is necessary that the authors organise manuscript contents with an introduction defining the purpose, and a chronology which includes the information and arguments that the author considers appropriate to do so and a conclusion that proffers a proposal, an assessment or a final deliberation.

11. The use of the following system in terms of the aforementioned bibliography is recommended:

Surnames, Name, «Article title», *Magazine or Book title* (if the title of the magazine is an acronym, it must not be written in italics), volume no., city of publication, publisher, year of publication, affected pages.

12. The citing of laws should follow the following model (or the usual model of citation in each legal framework):

Ex.: Law 1 /1998, of 7 January, on Political Linguistics.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. The acronyms should be written without dots, e.g. LPL. The first reference to an acronym that appears in an article even if it is a little known acronym should always be written in full, followed by the abbreviation in parentheses after that first full reference,

14. The JADO magazine publishes the texts in the original languages, if it deals with articles written in Spanish or Basque. Likewise, texts in French or English are accepted. Words, phrases and quotations which appear in a different language to that of the text should be written in italics.

Copies of the magazine are available to the public, in digital format at the following address: <http://www.avd-zea.com>.

15. The author or authors of the text assign to the Academy the exclusive reproduction rights of the published articles, including CD-ROMs, on the Internet or by any other IT medium, as well as its inclusion into databases. The published texts will be paid an amount that is set by the Academy and each author will receive five copies of the Magazine.

16. The Publishing Committee will decide which papers are published on the basis of an evaluation system that in the case of studies shall be a blind evaluation carried out by external reviewers who are unaware of the identity of the author or authors. The evaluation shall take into account the following criteria: quality and precision of the arguments raised; the timeliness and relevance of the article; and the creativity, methodology, proposals and contributions.

Authors will be notified of the decision with regards to publication (where appropriate, subject to the introduction of changes with respect to the original version) or otherwise of the papers submitted, within a period of less than 6 months.

The papers will be published as “Field Studies” or as “Explanatory notes” according to its nature and length. The authors of the texts accepted for publication may be required to correct the printing proofs, which must be returned within 10 days. Submitted originals that are rejected as not suitable for publication will not be returned to the author, nor will correspondence be entered into with same.

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA
VASCA DE DERECHO*
ZUZENBIDEAREN EUSKAL
AKADEMIAREN ARGITALPENAK*
PUBLICATIONS LIST OF THE
BASQUE ACADEMY OF LAW

* El catálogo de publicaciones de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia se halla disponible, igualmente, en www.avd-zea.com.

Zuzenbidearen Euskal Akademiaren argitalpen-katalogoa eskura dago, halaber, www.avd-zea.com webgunean.

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA

VASCA DE DERECHO

BOLETÍN

- Boletín nº 0, junio de 2003, 47 págs. Contiene los Estatutos de la Academia.
- Boletín nº 1, noviembre de 2003, 72 págs.
- Boletín nº 2, junio de 2004, 88 págs.
- Boletín nº 3, septiembre de 2004, 100 págs.
- Boletín nº 4, diciembre de 2004, 110 págs.
- Boletín nº 5, marzo de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 6, junio de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 7, septiembre de 2005, 152 págs.
- Boletín nº 8, diciembre de 2005, 176 págs.
- Boletín nº 9, marzo de 2006, 184 págs.
- Boletín nº 10, noviembre de 2006, 188 págs.
- Boletín nº 11, diciembre de 2006, 198 págs.
- Boletín nº 12, marzo de 2007, 224 págs.
- Boletín nº 13, septiembre de 2007, 232 págs.
- Boletín nº 14, diciembre de 2007, 192 págs.
- Boletín nº 15, junio de 2008, 254 págs.
- Boletín nº 16, septiembre-diciembre de 2008, 336 págs.
- Boletín nº 17, septiembre de 2009, 346 págs.
- Boletín nº 18, diciembre de 2009, 324 págs.
- Boletín nº 19, mayo de 2010, 420 págs.
- Boletín nº 20, diciembre de 2010, 300 págs.
- Boletín nº 21, mayo de 2011, 313 págs.

- Boletín n° 22, diciembre de 2011, 301 págs.
- Boletín n° 23, junio de 2012, 404 págs.
- Boletín extraordinario n° 1, diciembre de 2004, 222 págs. Jornada sobre el poder testatorio y el artículo 831 del Código Civil.
- Boletín extraordinario n° 2, junio de 2006, 112 págs. Jornada sobre la implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.
- Boletín extraordinario n° 3, diciembre de 2006, 192 págs. Jornada sobre la Ley vasca para la igualdad de mujeres y hombres.
- Boletín extraordinario n° 4, junio de 2007, 254 págs. Jornada “Hacia la primera Ley Civil Vasca”.
- Boletín extraordinario n° 5, marzo de 2008, 144 págs. Jornada “El proyecto de Ley Civil Vasca: cuestiones prácticas”.

COLECCIÓN ABEURREA

1. *Señores de Bizkaia. De Don Diego López de Haro V a Isabel la Católica.* Por Adrián Celaya Ibarra. 500 págs.
2. *Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al Fundador de Bilbao.* Por Adrián Celaya Ibarra. 344 págs.
3. *El Derecho Vasco.* Por Jesús Galíndez; con introducciones de Adrián Celaya Ibarra y Santiago Larrazabal Basañez. XXVI + 232 págs.
4. *Los Fueros de Bizkaia.* Por Adrián Celaya Ibarra. 285 págs.
5. *El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas de Comercio de 1737.* Por Javier Divar Garteiz-Aurrecoa, 136 págs.
6. *José Miguel Azaola. El genio personalista.* Por Adrián Celaya Ibarra, Juan Aguirre, Miguel Unzeta Uzcanga y Alfonso C. Sanz Valdivieso. 272 págs.
7. *No excediendo sino moderando.* Por Jody Guetta. 198 págs.
8. *Las ordenanzas de Bilbao de 1593.* Por Andrés E. de Mañaricua. V + 116 págs.
9. *The Biscayan tradition and its place in western political theory.* Por José María Ramón de Gamboa. 213 págs.

10. *El Estado plurinacional*. Por J. Gabriel de Mariscal. 259 págs.
11. *Zuzenbide erromatarra, Europaren historian zehar*. Por Peter G. Stein. 170 págs.
12. *Código, Compilación y Fuero Civil*. Por Andrés M. Urrutia. 322 págs.

COLECCIÓN CLÁSICOS DE DERECHO VASCO (REPRODUCCIÓN EN FACSIMIL)

1. *Derecho Civil de Vizcaya*, por Rodrigo Jado y Ventades, reproducción de la segunda edición publicada en 1923, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, XXX + 676 págs.
2. *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya* (1902), con una introducción de Andrés Urrutia Badiola, XXVI + 277 págs.
3. *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya* (1898), por Luis Chalbaud con una introducción de Javier Chalbaud, XIX + 137 págs.
4. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya* (1918), por José Solano y Polanco, con una introducción de José Miguel Gorostiza Vicente, XXXII + 376 págs.
5. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil dentro y fuera del Señorío de aquel nombre* (1899), por Carlos de la Plaza y Salazar, dos tomos en un volumen, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, XXXI + 250 + 288 págs.
6. *Derecho Privado de Vizcaya* (1903), por Diego Angulo Laguna, con una introducción de José M^a Arriola Arana, XXVIII + 275 págs.
7. *El Derecho Civil de Bizkaia antes del Código Civil*, con textos de Antonio de Trueba, Miguel de Unamuno, Ángel Allende Salazar, Manuel Lecanda y la Sociedad de Economía Social de París. Con una introducción y comentarios de Adrián Celaya Ibarra, 232 págs.
8. *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones* (1916), por Fernando de la Quadra Salcedo, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra y una semblanza biográfica por Ángel M^a Ortiz Alfau. 2^a edición, 1899. XX + 264 págs.

9. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, por Álvaro Navajas Laporte, con una introducción de José María M. Aycart Orbegozo, XIX + 290 págs.

COLECCIÓN LANBIDEAK

1. *Becas: Una cuestión de contornos*, por Francisco Javier Arrieta Idiakez. 135 págs.

2. *El respaldo europeo al Concierto Económico Vasco*, por Iñaki Alonso Arce, 454 págs.

OTRAS OBRAS EN LAS QUE HA COLABORADO LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

- *Dufau bi anaiak*, por Henri Duhau, con una introducción de Andrés Urrutia, publicado por Elkar, 356 págs.
- *Propuesta de Ley civil vasca*, por la Academia Vasca de Derecho y el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia. Bilbao, 2012.

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN ARGITALPENAK

ALDIZKARIA

- 0. zk., 2003ko ekaina, 48 or. Akademiaren barne-araudia dakar.
- 1. zk., 2003ko azaroa, 72 or.
- 2. zk., 2004ko ekaina, 88 or.
- 3. zk., 2004ko iraila, 100 or.
- 4. zk., 2004ko abendua, 110 or.
- 5. zk., 2005eko martxoa, 112 or.
- 6. zk., 2005eko ekaina, 120 or.
- 7. zk., 2005eko iraila, 152 or., euskaraz oso-osorik.
- 8. zk., 2005eko abendua, 176 or.
- 9. zk., 2006ko martxoa, 184 or.
- 10. zk., 2006ko azaroa, 188 or., euskaraz oso-osorik.
- 11. zk., 2006ko abendua, 198 or.
- 12. zk., 2007ko martxoa, 224 or.
- 13. zk., 2007ko iraila, 232 or., euskaraz oso-osorik.
- 14. zk., 2007ko iraila, 192 or.
- 15. zk., 2008ko ekaina, 254 or.
- 16. zk., 2008ko iraila-abendua, 336 or.
- 17. zk., 2009ko iraila, 346 or.
- 18. zk., 2010eko martxoa, 324 or.
- 19. zk., 2010eko maiatza, 420 or.
- 20. zk., 2010eko abendua, 300 or.
- 21. zk., 2011ko maiatza, 313 or.

- 22. zk., 2011ko abendua, 301 or.
- 23. zk., 2012ko ekaina, 404 or.
- 1. zenbaki berezia, 2004ko abendua, 222 or. Gaia: Oinordetza-zuzenbidea: Testamentu-ahalordea eta Kode Zibilaren 831. artikuluko arauketa berria.
- 2. zenbaki berezia, 2006ko ekaina, 112 or. Gaia: Europako Kooperatiba-Sozietatearen Estatutua ezartzea.
- 3. zenbaki berezia, 2006ko abendua, 192 or. Gaia: Emakumezkoen eta gizonezkoen arteko berdintasunari buruzko euskal legea.
- 4. zenbaki berezia, 2007ko ekaina, 254 or. Gaia: Euskal Lege Zibil Berria.
- 5. zenbaki berezia, 2008ko martxoa, 144 or.; gaia: Euskal Lege Zibilaren proiektua: arazo praktikoak.

ABEURREA BILDUMA

1. *Señores de Bizkaia. De Don Diego López de Haro V a Isabel la Católica.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra, 500 or.
2. *Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al Fundador de Bilbao.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra, 342 or.
3. *El Derecho Vasco.* Egilea: Jesús Galindez; sarrerak: Adrián Celaya Ibarra eta Santiago Larrazabal Basañez, XXVI + 232 or.
4. *Los Fueros de Bizkaia.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra. 285 or.
5. *El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas de Comercio de 1737.* Egilea: Javier Divar Garteiz-Aurrecoa, 136 or.
6. *José Miguel Azaola. El genio personalista.* Egileak: Adrián Celaya Ibarra, Juan Aguirre, Miguel Unzeta Uzcanga eta Alfonso C. Sanz Valdivieso. 272 or.
7. *No excediendo sino moderando.* Egilea: Jody Guetta. 198 or.
8. *Las ordenanzas de Bilbao de 1593.* Egilea: Andrés E. de Mañaricua. V + 116 or.
9. *The Biscayan tradition and its place in western political theory.* Egilea: José María Ramón de Gamboa. 213 or.

10. *El Estado plurinacional*. Egilea: J. Gabriel de Mariscal. 259 or.
11. *Zuzenbide erromatarra, Europaren historian zehar*. Egilea: Peter G. Stein. 170 or.
12. *Código, Compilación y Fuero Civil*. Egilea: Andrés M. Urrutia. 322 or.

EUSKAL ZUZENBIDEAREN KLASIKOAK BILDUMA (FAK-SIMIL ITXURAN ARGITARATUAK)

1. *Derecho Civil de Vizcaya*. Egilea: Rodrigo Jado y Ventades; 1923an agertutako bigarren edizioaren berrargitalpena; sarrera: Adrián Celaya Ibarra; XXX + 676 or.
2. *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya* (1902); sarrera: Andres Urrutia Badiola, XXVI + 277 or.
3. *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya* (1898). Egilea: Luis Chalbaud; sarrera: Javier Chalbaud, XIX + 137 or.
4. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya* (1918). Egilea: José Solano y Polanco; sarrera: José Miguel Gorostiza Vicente, XXXII + 376 or.
5. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil dentro y fuera del Señorío de aquel nombre* (1899). Egilea: Carlos de la Plaza y Salazar; liburuki bi ale bakar batean; sarrera: Adrián Celaya Ibarra, XXXI + 250 + 288 or.
6. *Derecho Privado de Vizcaya* (1903). Egilea: Diego Angulo Laguna; sarrera: José M^a Arriola Arana, XXVIII + 275 or.
7. *El Derecho Civil de Vizcaya antes del Código Civil*; Testuak: Antonio de Trueba, Miguel de Unamuno, Ángel Allende Salazar, Manuel Lecanda eta “Sociedad de Economía Social de París”; Sarrera eta iruzkinak: Adrián Celaya Ibarra, 232 or.
8. *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones* (1916). Egilea: Fernando de la Quadra Salcedo; Sarrera: Adrián Celaya Ibarra; Biografia laburra: Ángel M^a Ortiz Alfau. 2, argitaraldia, 1899. XX + 264 or.
9. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*. Egilea: Álvaro Navajas Laporte; sarrera: José María M. Aycart Orbegozo, XIX + 290 or.

LANBIDEAK BILDUMA

1. *Becas: Una cuestión de contornos*. Egilea: Francisco Javier Arrieta Idiakez. 135 or.
2. *El respaldo europeo al Concierto Económico Vasco*. Egilea: Iñaki Alonso Arce, 454 or.

AVD-ZEA-REN LAGUNTZAZ ARGITARATUTAKO LANAK

- *Dufau bi anaiak*. Egilea: Henri Duhau; sarrera: Andres Urrutia; argitaletxea: Elkar, 356 or.
- *Propuesta de Ley civil vasca*. Egileak: Zuzenbidearen Euskal Akademia eta Bizkaia Jaureriko Abokatuen Bazkun Ohoretsua. Bilbo, 2012.

