

JADO

REVISTA JURÍDICA ALDIZKARI JURIDIKOA LAW REVIEW

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

Ilustre Colegio Notarial del País Vasco
Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestua

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

30 ENERO-DICIEMBRE
2022
URTARRILA-ABENDUA
AÑO XVII. URTEA



ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DEL PAÍS VASCO
EUSKAL HERRIKO NOTARIO ELKARGO TXIT PRESTUA



ACADEMIA VASCA DE DERECHO
ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA



Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

JADO es una revista jurídica publicada conjuntamente por la Academia Vasca de Derecho, el Ilustre Colegio Notarial del País Vasco y el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia.

Se edita con carácter anual, y recoge los trabajos y actividades promovidos por las tres instituciones.

La correspondencia con *JADO* debe dirigirse a la Secretaría de la Academia:

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

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

JADO da Zuzenbidearen Euskal Akademiaren; Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestuaren eta Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsuaren aldizkari juridikoa.

Urtean behin argitaratzen da, eta bertara biltzen dira hiru erakundeen 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

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
INCLUIDA EN LA RED DE BIBLIOTECAS UNIVERSITARIAS (REBIUN)

ALDIZKARI HAU 'DIALNET' ETA 'LATINDEX' IZENEN DATU-BASEETAN BARRURATUTA DAGO
RED DE BIBLIOTECAS UNIVERSITARIAS SAREAN BARRURATUTA (REBIUN)

DIRECTOR
ZUZENDARIA
DIRECTOR

Andrés María URRUTIA BADIOLA
Notario/Academia Vasca de Derecho

DIRECTORA ADJUNTA
ZUZENDARI LAGUNTZAILEA
ASSISTANT DIRECTOR

Vega María ARNÁEZ ARCE
*Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Deusto*

CONSEJO DE REDACCIÓN
IDAZKETA BATZORDEA
EDITORIAL BOARD

José Miguel GOROSTIZA VICENTE
Abogado/Academia Vasca de Derecho

Elixabete PIÑOL OLAETA
Abogada/Academia Vasca de Derecho

Diego María GRANADOS DE ASENSIO
*Decano del Ilustre Colegio
Notarial del País Vasco*

Carlos FUENTENEbro ZABALA
*Decano del Ilustre Colegio
de la Abogacía de Bizkaia*

Francisco Javier ARRIETA IDIAKEZ
*Profesor Titular de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto*

Borja IRIARTE ÁNGEL
Magistrado TSJPV

CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL
NAZIOARTEKO BATZORDE AHOLKULARIA
INTERNATIONAL REFERENCE COMMITTEE

Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ
*Catedrático emérito de Derecho Civil
Universidad de Deusto
Abogado*

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA
*Catedrático emérito de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza*

Gema TOMÁS MARTÍNEZ
*Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Deusto
Decana de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Deusto*

Francisco LLEDÓ YAGÜE
*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Deusto
Abogado*

Santiago LARRAZABAL BASAÑEZ
*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Deusto*

Alberto ATXABAL RADA
*Catedrático de Derecho Financiero y
Tributario
Universidad de Deusto*

Juan José ÁLVAREZ RUBIO
*Catedrático de Derecho Internacional
Privado
Universidad del País Vasco*

José Luis IRIARTE ÁNGEL
*Catedrático de Derecho Internacional
Privado
Universidad Pública de Navarra*

Eusebio LLAMAS POMBO
*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

Sylvie MONJEAN-DECAUDIN
*Professeure à l'UFR LEA
Sorbonne Université*

Óscar MONJE BALMASEDA
*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto
Abogado*

Joseba Josu SAGASTI AURRECHOECHA
*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco*

Josune LÓPEZ RODRÍGUEZ
*Profesora Contratada Doctora de Derecho
del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Deusto*

Francisco PEREIRA COUTINHO
*Associate Professor
Nova University of Lisbon. School of Law*

João ZENHA MARTINS
*Associate Professor
Nova University of Lisbon. School of Law*

Alkain ORIBE MENDIZABAL
Abogada

Jesús FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ
Abogado

Vicente María DEL ARENAL OTERO
Notario de Bilbao

Francisco Javier OÑATE CUADROS
Notario de Donostia-San Sebastián

LECCIONES MAGISTRALES / HITZALDI HAUTATUAK /
MASTER LESSONS

- [15-47] TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: *Atomización versus armonización: El abandono del sueño pandentista europeo.*

ESTUDIOS / AZTERLANAK / FIELD STUDIES

- [51-95] AGUIRRE ZÁRATE, Itziar: *Legítima y apartamiento. Reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio.*
- [97-145] ETXEBARRIA GUMUZIO, Mikel: *Euskal zuzenbide zibileko oinordetza erakundeak gaitasun mugatua duen pertsonaren hikuspuntutik.*
- [147-196] FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús: *Poderes testatorios y discapacidad en Derecho Civil Vasco.*
- [197-251] GONZÁLEZ DE HEREDIA, Nikole: *Etxeko langileen araubide: iraganeke menpekotasun egoera, oraingo erroka eta etorkizuneko oparotasuna.*
- [253-300] GOROSTIZA ETXEBERRIA, Leire: *5/2015 Euskal Zuzenbide zibilari buruzko legearen eragingarritasun soziala.*
- [301-363] IZAGUIRRE SALGADO, Álvaro: *La subrogación de derechos y obligaciones tributarias y la imputación de rentas en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad.*
- [365-425] TXASKO GALARRAGA, Markel: *Viviendas de uso turístico y vías de actuación de la comunidad de propietarios.*

Sumario / Aurkibidea / Table of contents

- [427-483] URRUTIA CORTAZAR, Ramón: *Enfoque transfronterizo de los pactos sucesorios de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.*
- [485-527] VIVANCO SANTA CRUZ, Eider: *Korporazio-gobernu ona, kooperatiben esparruan.*

NOTAS / OHARRAK / EXPLANATORY NOTES

- [531-553] *Resumen Seminarios del Decanato de Registradores del País Vasco.*

BIBLIOGRAFÍA / BIBLIOGRAFIA / BIBLIOGRAPHY

- [681-683] *Recensión de la obra “El desafío del fortalecimiento de la autonomía local: La Ley de Instituciones Locales de Euskadi”*, a cargo de D^aVega María ARNÁEZ ARCE.

- [687-695] NORMAS DE PUBLICACIÓN / ARGITALPENERAKO ARAUAK
/ PUBLICATION STANDARDS

LECCIONES MAGISTRALES/
HITZALDI HAUTATUAK/
MASTER LESSONS

Atomización versus armonización: El abandono del sueño pandectista europeo¹

GEMA TOMÁS MARTÍNEZ

Catedrática de Derecho civil. Universidad de Deusto
Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto
Zuzenbide Zibileko Katedraduna. Deustuko Unibertsitatea
Deustuko Unibertsitateko Zuzenbide Fakultateko Dekanoa

Resumen: Se ha celebrado entre 2021 y 2022 en la Unión Europea la denominada “Conferencia sobre el Futuro de Europa” en el que las instituciones comunitarias han planteado el objetivo de liderazgo mundial en la promoción de valores y normas europeas. Este trabajo reflexiona acerca de la dificultad para lograr este objetivo en el ámbito del Derecho privado patrimonial. Son varios los elementos a tener en cuenta como la ausencia de una cultura jurídica europea; el desafío de regulación sobre un ámbito fuertemente afectado por la tecnología; y la producción normativa basada en Reglamentos y Directivas que dificultan la especulación jurídica para producir valores y principios.

Palabras clave: legislación europea, *ius commune*, liderazgo normativo, reto tecnológico, normas modelo digitales, European Law Institute.

¹ Este texto es la *versión extensa* de la conferencia pronunciada en la apertura del curso 2021/2022 de la Academia Vasca de Derecho, en Bilbao, el día 29 de noviembre de 2021.

Atomizazioa versus harmonizazioa: Europako amets pandektista bertan behera uztea

Laburpena: Europaren Etorkizunari buruzko Konferentzia” deiturikoa 2021 eta 2022 artean egin zen Europar Batasunean, eta bertan komunitateko erakundeek Europako balio eta estandarrak sustatzeko mundu mailako lidergoa izan dute helburu. Lan honek jabetza pribatuaren zuzenbidearen esparruan helburu hori lortzeko zailtasunari buruz hausnartzen du. Hainbat elementu hartu behar dira kontuan, hala nola, Europako kultura juridikorik ez egotea; teknologiak biziki kaltetutako eremu batean arautzearen erronka; eta baloreak eta printzipioak ekoizteko espekulazio juridikoa oztopatzen duten Arau eta Zuzentarauetan oinarritutako ekoizpen normatiboa.

Gako-hitzak: Europako legedia, *ius commune*, arauzko lidergoa, erronka teknologikoa, eredu digitalaren estandarrak, European Law Institute

Atomization versus harmonization: The abandonment of the European pandectist dream

Abstract: The so-called “Conference on the Future of Europe” was held between 2021 and 2022 in the European Union in which the European institutions have set the goal of world leadership in the promotion of European values and standards. This paper reflects on the difficulty to achieve this goal in the field of private patrimonial law. There are several elements to consider, such as the absence of a European legal culture; the challenge of regulation in an area strongly affected by technology; and the normative production based on Regulations and Directives that hinder legal speculation to produce values and principles.

Key words: European legislation, *ius commune*, regulatory leadership, technological challenge, digital model rules, European Law Institute

SUMARIO: I. Introducción. II. La “Conferencia sobre el Futuro de Europa” y el objetivo de liderazgo mundial en la promoción de valores y normas europeas. III. Las normas de derecho privado desde la perspectiva de la cultura jurídica europea. IV. Atomización legislativa y ausencia de una “cultura jurídica europea”. V. El reto normativo tecnológico y la pretensión europea de liderazgo normativo. VI. El abandono del pandectismo. VII. El rol de la doctrina privatista europea en la construcción de la ciencia jurídica. VIII. Cultura jurídica europea, ciencia jurídica europea y... ¿educación jurídica europea? IX. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es aportar una reflexión acerca de si la dinámica actual de producción legislativa en el ámbito del Derecho privado patrimonial por parte de la Unión europea se está realizando conforme a unos principios de sistematización jurídica o si se observa una fragmentación y espontaneidad en la producción de normas que impide de hecho la generación eficiente de principios generales y la solución a los problemas a los que se enfrenta la sociedad de nuestro tiempo.

En segundo lugar, si existe una doctrina influyente en este ámbito, como la otrora pandectística alemana que contribuyó eficazmente a la sistematización jurídica.

Y por último, si las normas europeas pueden ser un referente mundial en este ámbito legislativo de Derecho privado patrimonial, que afronta en los últimos tiempos el reto del impacto tecnológico y sus efectos en las relaciones interpersonales.

Sirva como preludio a las ideas que se expondrán en este trabajo que a lo largo del último año (desde el 9 de mayo de 2021) la ciudadanía europea está participando en la llamada “Conferencia sobre el Futuro de Europa”. Con este nombre no estamos hablando de un evento como tal, sino de un “espacio de debate” en formato de plataforma digital multilingüe a través de la cual se están vertiendo preocupaciones y ambiciones de los ciudadanos de la Unión europea. Los presidentes de las tres instituciones europeas promotoras de la “Conferencia sobre el Futuro de Europa” afirmaron en este sentido que quieren dar voz a lo que los ciudadanos les importa. Firmaron tal Declaración oficial que dio comienzo a la Conferencia el entonces Presidente del Parlamento europeo David Sassoli; Antonio Costa por el Consejo europeo y Ursula von der Leyen

por la Comisión europea². La Declaración oficial afirmó que: “La política europea ha de aportar respuestas inclusivas a las tareas que definirán a esta generación: la consecución de la transición ecológica y digital al tiempo que se refuerza la resiliencia de Europa, su contrato social y la competitividad de la industria europea. Debe procurar corregir las desigualdades y garantizar que la Unión Europea sea una economía equitativa, sostenible, innovadora y competitiva que no deje a nadie atrás”. Inclusividad, apertura y transparencia son, por lo tanto, sus tres principios inspiradores.

Se está desarrollando como un proceso de participación ascendente principalmente, con actos en toda Europa a escala local, nacional, regional y transnacional en modalidad on line y presencial. Esta consulta ciudadana no es sino una reacción política frente a la desafección hacia Bruselas y la acusación de debilidad democrática que esta organización sufre en los últimos tiempos³. La Conferencia ha concluido con sesiones plenarias celebradas los días 8 y 9 de abril de 2022 cuando los presidentes y portavoces de los nueve grupos de trabajo presentaron al Pleno de la Conferencia proyectos de propuestas consolidados agrupados por temas⁴. La sesión plenaria final de la Conferencia tuvo lugar los días 29 y 30 de abril en Estrasburgo.

² Declaración conjunta relativa a la Conferencia sobre el futuro de Europa: “Colaborar con los ciudadanos por la democracia: Construir una Europa más resiliente”.

³ HANS MAGNUS ENZENSBERGER, *El gentil monstruo de Bruselas o Europa bajo tutela*, ed. Anagrama (Colección argumentos), Barcelona, 2012. El autor refleja en este breve ensayo el desencanto ante la política de Bruselas. Afirma que “no faltan manifestaciones de descontento, de sabotaje abierto o encubierto, pero en resumidas cuentas el famoso déficit democrático no conduce a la sublevación, sino más bien a la indiferencia y al cinismo, al desprecio por la clase política o la depresión colectiva”.

⁴ Las propuestas se basaron principalmente en las recomendaciones de los paneles de ciudadanos europeos, así como paneles nacionales a los que se añadieron las ideas de la Plataforma Digital Multilingüe. Estas propuestas fueron debatidas por todos los miembros del Pleno.

II. LA “CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA” Y EL OBJETIVO DE LIDERAZGO MUNDIAL EN LA PROMOCIÓN DE VALORES Y NORMAS EUROPEAS

Respecto al tema que nos ocupa en el presente trabajo, digamos que los tres presidentes de las instituciones comunitarias, Consejo, Comisión y Parlamento, afirmaban en la Declaración oficial que “para hacer frente a los retos geopolíticos en el entorno mundial posterior a la COVID-19, Europa ha de ser más asertiva y asumir un papel *de liderazgo mundial en la promoción de sus valores y normas en un mundo cada vez más turbulento*”.

Esto es, la Unión europea quiere asumir un liderazgo normativo a escala mundial. Sin duda, un objetivo ambicioso.

Sin embargo, en los ítems participativos respecto a los que ha tenido lugar ese debate ascendente y digital sobre lo que le preocupa al ciudadano europeo, no ha habido referencia explícita a normas y valores. Son necesarias normas y valores para ejercer un liderazgo interno, solo así puede ejercerlo la Unión europea en el mundo.

La vieja declaración del ministro francés de Asuntos Exteriores Robert Schuman, pronunciada el 9 de mayo de 1950, en la que anunció la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)⁵ y que se considera punto de partida de la Unión Europea⁶, delimitaba la nueva organización a “una fusión de intereses indispensables para la creación de una comunidad económica y el fermento de una comunidad más profunda entre países que durante tanto tiempo se han enfrentado en divisiones sangrientas”.

⁵ Declaración del 9 de mayo de 1950 pronunciada por Robert Schuman. Fondation Schuman. Cuestiones sobre Europa nº204. 10 de mayo de 2011.

⁶ Por este motivo, el 9 de mayo se convirtió, tras una decisión del Consejo europeo de 1985, en el Día de Europa.

Han pasado setenta años de la Declaración Schuman y la Unión europea ha caminado hacia una progresiva cesión de soberanía, pero con relevantes déficits de integración, altas dosis de euroescepticismo y ultranacionalismo que se refleja en varios Estados miembros de la Unión.

Desde la perspectiva jurídico-privada, puede decirse sin ambages que la legislación comunitaria no ha impulsado una armonización jurídica, sino que la sola idea de armonización ha sido fruto (allá donde existe) de una política legislativa muy titubeante. Los “mimbres” para lograr ese futuro liderazgo normativo son endeble y ello dificulta el objetivo, pero no solo el sistema de fuentes es un obstáculo, sino también la complejidad de la sociedad europea cada vez más plural en términos de etnia, raza, religión y lengua, en suma, de culturas jurídicas que conviven en el espacio europeo.

III. LAS NORMAS DE DERECHO PRIVADO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CULTURA JURÍDICA EUROPEA

El Derecho privado europeo (normas civiles y mercantiles) está integrado por Directivas y Reglamentos, más lo primero que lo segundo, y por lo tanto, de necesaria transposición interna. Durante décadas las Directivas aprobadas en este ámbito han sido normas de armonización mínima, no máxima o plena, y por consiguiente, no se ha evitado que haya diferentes niveles domésticos de protección ciudadana en los ordenamientos nacionales.

Una cosa es la voluntad de generar y obtener ventaja económica de un mercado común y otra estar dispuestos a renunciar a los principios jurídicos que algunos Estados han considerado intocables por afectar a lo más profundo de su cultura jurídica. Por ejemplo, en lo que se refiere al modo de transmisión de propiedad, la disparidad afecta profundamen-

te a una armonización auténtica o profunda de los distintos “derechos europeos”⁷. Lo mismo puede decirse en relación con la protección a los consumidores, ámbito en el que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea ha desempeñado, y lo sigue haciendo, un protagonismo acusado en aras a lograr una armonización interpretativa necesaria y ha hecho valer su rol de órgano de decisión supracomunitaria que los tribunales nacionales deben acatar.

Recordemos además que hace ahora diez años la Comisión europea renunció explícitamente a aceptar un proceso de codificación de derecho privado. Tampoco siquiera, de armonización, ni mínima siquiera. Lo hizo tras el rechazo al conocido Borrador de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) que le fue presentado a la Comisión en el año 2011 y que había sido el resultado de un ingente trabajo académico de más de 200 profesores y profesionales del Derecho⁸. No sólo se resistió a la noción de un Código civil europeo; sino que tampoco se aceptaron unos principios de referencia armonizados, ni la aplicación subsidiaria mediante un “*blue-botton*”, ni una terminología común en la que se había trabajado durante más de una década para integrar a las distintas culturas jurídicas europeas, en lo que hasta ahora ha sido el esfuerzo de mayor calado realizado con tal fin⁹. El rechazo fue en cierto

⁷ María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ, “La compraventa y la transmisión de la propiedad. un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, pp.201-248.

⁸ Tras una edición preliminar, la edición completa integrada por seis volúmenes fue publicada por la editorial Sellier (Munich, 2009) bajo el título completo: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* y *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Edición conjunta de Christian Von Bar, Eric Clive y Hans Schulte-Nölke, con la colaboración de otros, como Hugh Beale. Ver texto abierto: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

⁹ Para una visión crítica y sistematizada de este trabajo académico europeo, véase por todos: DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Una obra jurídica monumental de nuestros días: El

sentido contradictorio cuando había sido el resultado del cumplimiento del “plan de acción”, propuesto por la propia Comisión Europea entre febrero de 2003 y octubre de 2004, en dos textos comunitarios dictados con el propósito de reflexionar sobre un instrumento facultativo de Derecho contractual europeo¹⁰.

Mismo olvido sufrieron otros procesos que corrían en paralelo, aunque en estos casos menos integradores de las distintas culturas europeas¹¹. A lo único que se ha llegado en los años noventa con cierto éxito ha sido a la aceptación de principios europeos de cuño académico, como los PECL (*Principles of European Contract law*), siglas que responden a los llamados Principios Europeos de Derecho de contratos, *soft law* redactado a iniciativa del Prof. Ole Lando, considerado “padre” de esta construcción de principios de Derecho privado y fallecido en 2019 a la edad de 98 años. En esta misma línea cabe citar los Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad civil elaborados por el *European Group of Tort Law*¹² y los también conocidos como *Acquis principles*¹³. Unos y otros han ido sirviendo de inspiración a algunos Estados en fase de reforma de sus propios ordenamientos, como es el caso de los países bálticos que transitaban des-

Marco Común de Referencia Breve descripción y modesta valoración”, *Boletín JADO*. Bilbao. Año XIII. N° 26. Enero-Diciembre 2014, pp. 7-61.

¹⁰ COM (2003) 68 final, párrafo 98 y COM (2004) 651 final.

¹¹ El conocido como Código de Pavía está publicado en su traducción española: Código europeo de contratos de la Academia de Pavía. De los contratos en general. De la compraventa, ed. Rius, Madrid, 2009.

¹² Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil. Texto y comentario. Traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado europeo y comparado RED-PEC, coordinada por Miquel Martín-Casals), Thomson, 2008. Sobre el tema M. MARTÍN-CASALS, “La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual” Girona, 17.03.2011.

¹³ Publicados en primer término bajo el título: *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, *Contract 1*, Munich, Sellier, 2007.

de una cultura soviética hacia estándares occidentales. También han sido y siguen siendo utilizados como fuente interpretativa en los Tribunales Supremo de muchos Estados miembros, como el español, a falta de una verdadera reforma completa del Código civil español, que es más que necesaria¹⁴. Otra línea académica, en este caso comparatista, que sigue viva es el *Common core of European Private Law*, animado por el llamado “grupo de Trento”, que sigue generando estudios de Derecho comparado basados sobre casos, pero sin ánimo de hacer incidencia normativa directa¹⁵.

Así las cosas, en 2011 las instituciones europeas se colocaron en “la casilla de salida”, por así decirlo, esto es, legislar con Directivas y Reglamentos. Es cierto, que en la última década han prevalecido las Directivas de armonización plena y los Reglamentos, que por su naturaleza no requieren transposición en ordenamientos internos¹⁶.

Lo más reseñable de lo que pasó en 2011, no fue tanto el rechazo a un proceso de codificación de Derecho privado europeo, que era de esperar porque la misma idea de código es ajena a varias culturas europeas, sino

¹⁴ Encarnación ROCA I TRIAS, “The Modernisation of the Law of Obligations Using the Principles of European Contract Law”, en *Uniform Rules for European Contract Law: A critical assessment*, ed. Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 83-90.

¹⁵ Sitio web: <https://common-core.org/>. Son promotores del mismo: Ugo Mattei y Mauro Bussani (General Editor); Rudolph B. Schlesinger (Late Honorary Editor) y Rodolfo Sacco (Honorary Editor).

¹⁶ Tuvieron que pasar muchos años hasta que se adoptase una propuesta de Reglamento sobre compraventa europea, que se frustró, y que tras varios años de deliberación se ha aprobado una regulación muy limitada: Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, sobre determinados aspectos contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE). Asimismo la Directiva 2019/2161 UE, de 27 de noviembre, de modificación de la Directiva 93/13/CEE y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión.

el rechazo a un marco común europeo de mínima armonización. Políticamente había que elegir entre varias opciones, entre varias culturas jurídicas, arraigadas en tradiciones seculares, de más de dos mil años. No se apostó por poner en valor un catálogo de principios generales europeos o un glosario de terminología consensuada que sirviera de interpretación e integración jurídica a escala europea.

Con aquel rechazo la Unión europea mandó un mensaje claro. Europa había dejado de ser lo que fue, “una partida” entre dos culturas jurídicas bien diferenciadas: *common law* y *civil law*¹⁷, para pasar a ser un tablero en la que habían entrado en juego, y con cierto peso político, otras culturas muy diferentes, como la escandinava y la de Europa del Este, con aquellos países que estaban en espera de entrar en el “mercado común”¹⁸. Además, aunque no se diga abiertamente, eran ya muy visibles las otras subfamilias o culturas jurídicas, cuya influencia no se puede soslayar, con normas de base religiosa. Esto es, núcleos importantes de población migrante que vive y convive en algunos Estados, como Alemania o Francia, especialmente, y que están cambiando el paisaje jurídico europeo dejando su impronta en normas civiles nacionales de ámbito privado (derecho de familia y sucesiones, derecho de seguros, normas transfronterizas...). La

¹⁷ Common law y civil law no son tradiciones radicalmente separadas. Recientemente THOMAS RÜFNER, “Continental Jurists and English Common Law”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 13 (2016), pp. 626-635, afirma que en la segunda mitad del siglo XVIII, la actitud de los juristas continentales hacia el Derecho inglés cambió radicalmente. Especialmente los juristas alemanes desarrollaron un interés muy intenso sobre este Derecho y su historia. Empezaron a verlo como un modelo del sistema legal germánico que se había desarrollado independiente de toda influencia del Derecho romano. Había no obstante, muchos juristas totalmente ignorantes de la existencia del Derecho inglés. Llevó mucho tiempo hasta que unos y otros juristas se “aceptasen” como iguales.

¹⁸ DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 17, considera comprensible la dificultad de lograr un Código civil europeo por la divergencia de culturas jurídicas, especialmente en el ámbito de Derecho de familia y Derecho de sucesiones.

política se impuso a la pretensión de armonización de derecho privado europeo. Si entonces se vio poco oportuno, diez años después se ve aún mucho más lejos.

Decock, Masferrer y Obarrio¹⁹ dicen con razón que para el jurista de nuestro tiempo el Derecho europeo es en realidad la suma de los ordenamientos jurídicos nacionales (o plurinacionales, allí donde existan). Cada Estado tiene su propio Derecho, el Derecho (privado, están queriendo decir) está vinculado a cada Estado. Incluso la ciencia jurídica tiene una orientación predominantemente nacionalista: su principal objetivo es interpretar el ordenamiento jurídico vigente en su respectivo Estado, eso sí, con el respeto a la prevalencia comunitaria, normativa y jurisprudencial, donde proceda.

El Derecho concebido como *ratio scripta*, que estuvo vigente desde finales del siglo XI hasta principios del siglo XIX en los países de Europa Central y Occidental, la llamada “vieja Europa”, donde existía un Derecho romano germánico y una ciencia jurídica europea común, solo representa hoy a una de las muchas culturas jurídicas que conviven en una Europa cada vez más diversa²⁰, y no necesariamente la más influyente.

¹⁹ Wim DECOCK; Aniceto MASFERRER y A. OBARRIO, “Ius Commune e Historia del Derecho”, *GLOSSAE. European Journal of Global History* 13 (2016).

²⁰ Alain WIFFELS, “Le droit européen a-t-il une histoire ? En a-t-il besoin?”, en Lección inaugural en el Collège de France, *Chaire Européenne 2016-2017*, Paris, Fayard, 2017, considera esa diversidad que cuestiona la existencia de “un” derecho europeo.

IV. ATOMIZACIÓN LEGISLATIVA Y AUSENCIA DE UNA “CULTURA JURÍDICA EUROPEA”

El resultado de la dificultad de lograr consensos y de la propia técnica legislativa utilizada (especialmente, las Directivas de armonización mínima), ha sido una elevada “atomización” legislativa.

Átomo es, según la RAE, “una partícula material de pequeñez extrínseca” y atomizar es lo que resulta cuando se legisla sobre trozos de realidad jurídica sin visión de conjunto. Normas que las más de las veces no se integran en los viejos Códigos civiles y mercantiles. Conviven con ellos y los desbordan. El esfuerzo de interpretación sistemática requiere de la jurisprudencia y la doctrina. Diciéndolo en pocas palabras, hay más fuera que dentro²¹.

²¹ Muchos países europeos han ido modernizando sus legislaciones nacionales en distintos ámbitos del Derecho privado, con mayor o menor éxito, a mayor o menor ritmo, en algunos casos siguiendo principios europeos de armonización. España no está a la cabeza en ese proceso, llevamos más de una década de retraso en la reforma de derecho privado patrimonial propiamente dicha que es la que más afecta directamente al funcionamiento del mercado; ello a pesar de que la doctrina elevó a la Comisión general de codificación material prelegislativo en materia contractual para que se acometiese con agilidad la reforma que es especialmente urgente: Comisión General de Condificación, *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos*, Madrid, BOE, 2009. Comentarios a la misma en Luis Díez-PICAZO, “La propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, LXV, núm. 2130. Abril 2011; J. Antonio XIOL RÍOS, Criterios de imputación en la responsabilidad contractual, *Boletín M^o Justicia*, Año LXV, Junio 2011; M. Paz GARCÍA RUBIO, “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y contratos”, *Boletín M^o Justicia*, Año LXV, núm. 2130, Abril 2011; Sobre la dinámica del incumplimiento contractual, especialmente: Encarnación ROCA I TRÍAS, “El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y contratos”, *Boletín M^o Justicia*, Año LXV, núm. 2132, Junio 2011; Nieves FENOY PICÓN, “La modernización del régimen de incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIII, 2010, fasc. 1, pp. 47-136; *Idem*, Parte segunda: los remedios

Si hace diez años se obvió el proceso de armonización básica a escala europea, hoy estamos aún más lejos de lo que estábamos entonces. El antiguo *ius commune* que se mencionaba anteriormente englobaba un mismo Derecho y una misma cultura jurídica común europea (entonces reducida al Centro y Occidente europeo).

Hoy, todo intento de crear un nuevo *ius commune* en el que se enmarquen los derechos propios de los distintos territorios, la creación de un Derecho común europeo, se torna casi imposible.

La idea de una cultura jurídica europea sobre la base de la tradición histórica romano-germánica, fue puesta en valor en el siglo XX por autores cuyas obras maestras son bien conocidas: Francesco Calasso, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune* (1938)²² e *Introduzione al diritto comune* (1951)²³; Paul Koschaker con su libro *Europa y el Derecho romano* (1947)²⁴

del incumplimiento”, tomo LXIV, 2011, fasc. IV; pp. 1481-1684. La doctrina venía desde más de una década atrás realizando numerosos estudios tendentes a la actualización necesaria de esta materia. A modo de ejemplo: Antonio M. MORALES MORENO, “Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa”, *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, vol. 56, n° 4, 2003, págs. 1609-1652.

²² Ed. Giuffrè, Milano, 1938.

²³ Ed. Giannotta, Catania, 1951.

²⁴ F. ANDRÉS SANTOS en *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 18 (2021), recensionaria la obra de Tommaso Beggio, *Paul Koschaker (1879-1951). Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, Heidelberg: Universitätsverlag Winter, 2018. Afirma que la obra de Koschaker publicada inicialmente en Múnich y Berlín en 1947, “traía su origen de una conferencia pronunciada por el autor en la Academia del Derecho Alemán de Berlín en diciembre de 1937, donde, ante una audiencia poblada de jerarcas del régimen nazi, defendió el Derecho romano como un elemento esencial de la cultura jurídica europea frente a los ataques del nacionalsocialismo (sobre todo en el Punto 19 del Programa del NSDAP, que proponía la sustitución del Derecho romano por un auténtico Derecho común alemán): en ella el autor austriaco subrayaba la importancia del Derecho romano para sentar las bases de numerosos ordenamientos jurídicos del continente europeo (y, consecuentemente, de muchos lugares fuera de Europa) a través del fenómeno

y Franz Wieacker con su *Historia del Derecho privado de la edad moderna* (1951)²⁵. Pero esas ideas han seguido publicándose hasta hace bien pocos años por juristas como Carlo Augusto Cannata con su *Historia de la ciencia jurídica europea* (1989)²⁶ quien llegó a hablar de un derecho común paneuropeo, y sin duda, a Helmut Coing con su *Derecho privado europeo* (1985-1989)²⁷, que describió la ciencia jurídica medieval como una disciplina europea y moderna.

Todos partían del Derecho romano y de su recepción²⁸. Propiciaban de un modo u otro una ciencia jurídica europea donde el eje seguía siendo el que había sido durante veinte siglos, la base romano-germánica.

de la Recepción, pero también descreía de que fuera a desempeñar un papel relevante en la reconstrucción jurídica europea tras la Segunda Guerra Mundial. Efectivamente, en el momento en el que se publicó el texto en forma de libro se estaba abriendo paso una nueva narrativa unitaria europea como reacción frente a la experiencia totalitaria, por lo que la obra de Koschaker significó un importante aldabonazo para los estudiosos de la historia del Derecho”. La obra de Paul KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano* (trad. esp., Chile, 2020) recientemente traducida al español en una nueva edición, puso en valor en su día las raíces históricas-jurídicas y culturales de Europa, así como el papel que el derecho romano ha tenido en el curso de los siglos, a juicio de Tommaso Beggio.

²⁵ Trad. Francisco Hernández Jardon y ed. Por J. L. Moreneo Pérez, ed. Comares, Granada, 2000.

²⁶ Trad. Laura Gutiérrez-Masson, ed. Tecnos, 1996.

²⁷ Trad. Antonio Pérez Martín y publicado por la Fundación Cultural del Notariado, 1996.

²⁸ Esa cultura jurídica europea era aún muy visible hasta los años noventa. Los juristas que habían contribuido a construirla, bien directamente, o bien a través de quienes habían sido sus maestros, como Max Kaser o Kunkel, estaban presentes en Congresos y otras reuniones científicas. Sus discípulos, como Franz Wiacker, intervenían en los congresos de Derecho romano (especialmente en la *Société Internationale de Histoire et Droit de la Antiquité*, SIHDA), en los que el Derecho, los conceptos, viajaban en el tiempo, de atrás hacia adelante, y de arriba a abajo, y siempre dentro de los límites de un Occidente cristiano que en general no tenía que preocuparse por conflictos de Derecho privado más allá de sus fronteras. Derecho, tradición o cultura, y educación jurídica coincidían.

Los principios de derecho romano, que Fritz Schulz²⁹ destacó en su día y que se fueron revelando a la ciencia jurídica basados en que el pensamiento jurídico europeo tenían sus raíces en las tres fuerzas básicas del mundo antiguo, como las llamó Wiaecker: el Imperio romano, la filosofía griega y el Cristianismo, como nueva conciencia vital de los pueblos. Los tres elementos aportaron contribuciones insustituibles a la cultura jurídica europea, y por consiguiente al Derecho privado³⁰.

Más adelante, otros importantes estudios han seguido profundizando y ampliando la aportación romanista a la tradición del derecho civil europeo, como Peter G. Stein con su obra *Roman Law and European History* (1999)³¹; Reinhard Zimmermann con *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian tradition* (1996)³² y *Europa y el derecho romano* (2009)³³; así como G. Wesenberg y G. Wesener con su trabajo titulado *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (1998)³⁴.

Sin embargo, bien entrado ya el siglo XXI en el que nos encontramos, el crisol de culturas jurídicas o tradiciones diversas dificultan la cohesión del Derecho privado europeo³⁵ y por ello, el objetivo de liderazgo normativo en ausencia de consenso sobre valores y principios es francamente un objetivo complejo. Por si fuera poco, entra en juego en el siglo XXI un nuevo factor: la tecnología.

²⁹ Trad. Manuel Abellán Velasco, ed. Univ. Complutense y ed. Civitas, Madrid, 1990.

³⁰ *Op.cit.*, pág. 17.

³¹ Traducido con el título: *El derecho romano en la historia de Europa: Historia de una cultura jurídica*, Juan Pablo Fusi y otros, Madrid : Siglo XXI de España, 2001.

³² Ed. Clarendon Press, 1996.

³³ Trad. I. Cremades, Marcial Pons. Madrid, 2009

³⁴ Trad. J. J. de los Mozos. Lex Nova. Valladolid, 1998.

³⁵ Schulze, REINER, *Ciencia jurídica y unificación del Derecho privado europeo*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2017.

V. EL RETO NORMATIVO TECNOLÓGICO Y LA PRETENSION EUROPEA DE LIDERAZGO NORMATIVO

Los problemas jurídicos de una sociedad digital han movido a Europa en los últimos años a querer lograr una posición de liderazgo mediante una legislación que sirva de referencia mundial. Ese liderazgo normativo que cuestionamos en el presente artículo tiene su piedra de toque en relación a la sociedad digital cuyas reglas y conflictos toca regular.

La tecnología plantea el reto de resolver problemas no localizados geográficamente. La pregunta es si la actual Unión europea, mosaico de culturas jurídicas diferenciadas y no cohesionadas, con un sistema de fuentes que tiene limitaciones, puede lograr ese objetivo. La Unión europea afirma que, si bien no puede estar a la cabeza de la producción de la tecnología, que se encuentra en manos de Estados Unidos y China, sí puede liderar el marco regulatorio desde una base ética³⁶. Y lo afirma en cierta medida sobre una suerte de superioridad moral que apoya en aquella ciencia jurídica europea construida durante siglos en la “vieja Europa”. La Comisión y el Consejo se pronuncian en 2020 incluso sobre lo que llaman “Digital sovereignty for Europe”³⁷ en la que expresan la preocupación por una pérdida de liderazgo ante la supremacía de fuer-

³⁶ El comité especial del Parlamento europeo publicó el 22 de marzo de 2022 un informe sobre Inteligencia artificial, en el que reconoce que la Unión europea está lejos del liderazgo tecnológico pero cree que la aportación está en el establecimiento de los estándares éticos a los que se debe ajustar el uso de la IA (Inteligencia Artificial) que tiene un gran potencial para complementar a los humanos. También pone de relieve la importancia de que se aseguren los valores democráticos de la Unión. Disponible en abierto: “Informe sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI)) A9-0088/2022 Comisión Especial sobre Inteligencia Artificial en la Era Digital. Ponente: Axel Voss.

³⁷ Sobre el tema, véase: Carla HOBBS y J. Ignacio TORREBLANCA, *La soberanía digital de Europa. De regulador a superpotencia en la era de la rivalidad entre Estados Unidos y China*, ed. Los libros de la Catarata, Madrid, 2020.

zas extranjeras. En 2021, la Comisión dio un paso más en el impulso de la transformación digital de Europa con la presentación de la “Década Digital”, un proyecto que tomó como base la llamada “Comunicación Brújula Digital 2030” (marzo 2021), en la que la Comisión delineaba su visión para una transformación digital de la sociedad y economía europeas. Con el proyecto “Década Digital”, pretende introducir un “sólido marco de gobernanza para lograr los objetivos digitales a través del Itinerario hacia la Década Digital, basado en un mecanismo de cooperación anual con los Estados miembros”³⁸.

Concretando, los esfuerzos legislativos europeos se han centrado en los últimos tiempos precisamente en la regulación del mercado único digital en el que se debe resolver el enorme impacto de la tecnología en las relaciones contractuales y no contractuales dentro de un marco de seguridad jurídica³⁹. Aquel DCFR, citado más arriba, sirvió de base a la posterior Propuesta de Reglamento (UE) de compraventa europea (*Common European Sales Law*) la cual, aunque finalmente quedó descartada en 2014⁴⁰, ha sido la base de normas aprobadas posteriormente, como la Directiva 2019/770, sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; y la Directiva 2019/771, sobre compraventa de bienes, ambas de 20 mayo 2019⁴¹. Ambas ya transpuestas al Derecho español desde abril de

³⁸ SCHULZE, REINER y STAUDENMAYER, *Digital revolution. Challenges for contract Law in practice*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2016.

³⁹ La necesidad de seguridad jurídica afecta a la función notarial especialmente. Vid. Conclusiones del XXX Congreso notarial alemán (Hamburgo, mayo 2021) en el que se destacó la necesidad de aunar transformación digital y seguridad jurídica (Lucini Mateo, Álvaro, *El Notario del siglo XXI*, 2021).

⁴⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, Bruselas, 10.10.2011, COM(2011) 635 final.

⁴¹ Sergio CÁMARA LAPUENTE, “La propuesta de Carta de Derechos Digitales: reflexiones de Derecho privado y técnica legislativa”, *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, núm.7 (oct-dic) 2020. El autor realiza un análisis crítico de la misma,

2021⁴². Así como, la Directiva 2019/2161, de 27 noviembre 2019, sobre modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, que modificó la Directiva de prácticas comerciales desleales y es una de las normas recientes más interesantes que afectan al modo en el que actualmente estamos celebrando contratos on line en los que la información reputacional tiene un rol influyente en el proceso de formación de la voluntad negocial⁴³.

Además, la regulación de las plataformas digitales en la contratación ha sido también uno de los hitos más importantes que ha tenido que afrontar la UE. Por fin, se ha tomado conciencia de que el mercado digital es un mercado que funciona principalmente a través de plataformas. La contratación mediante estos intermediarios digitales tienen un impacto serio en la formación y efectos del contrato en sí (el rol contractual de las plataformas en línea, los *marketplaces*), pero también en los derechos fun-

echa de menos la visión privatista de la que adolece la Carta e insta la incorporación de nuevos derechos digitales, entre los que aquí se proponen: (a) el derecho de los consumidores digitales a un elevado nivel de protección en sus relaciones contractuales, (b) el derecho a la transparencia y equidad en las relaciones contractuales entre partes desiguales, incluida la transparencia algorítmica en ofertas y precios, (c) el derecho a la portabilidad y acceso a datos no personales de los usuarios (profesionales y no profesionales), o (d) el derecho a actuar con garantías por medio de representante en el entorno digital y a encomendar la gestión de datos personales a intermediarios.

⁴² RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (BOE 28.04). Ver Sergio CÁMARA LAPUENTE, “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales: (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)”, *Diario La Ley*, n° 9887, 2021.

⁴³ El propio consumidor es el que crea con su opinión el valor de mercado de determinado producto, o cuando existe manipulación por la empresa que paga a consumidores o “influencers”. Un estudio amplio sobre el tema de los sistemas de información reputacional puede verse en: Ricardo PAZOS, “The Case for a (European?) Law of Reputational Feedback Systems”, *INDRET*, 3, 2021.

damentales (privacidad). El Reglamento 2019/1150/UE sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (Reglamento P2B) marcó el camino a tener en cuenta⁴⁴, así como el Reglamento 2020/1503/UE, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas. Las plataformas no son meros prestadores de servicios o productos digitales, sino que la doctrina apunta a que son auténticos sistemas jurídicos privados completos⁴⁵. Estas plataformas además juegan con la información y la reputación negocial de un modo hábil.

El próximo hito legislativo europeo que está a punto de suceder es la aprobación de dos importantes Reglamentos, sobre Servicios Digitales (DSA), que limitará el poder de las grandes empresas tecnológicas como Amazon, Meta (Facebook), Google... y el de Mercados digitales (DMA). Sus objetivos regulatorios intentan favorecer la competencia y regular prácticas abusivas que hasta ahora se están llevando a cabo ante la práctica inexistencia de regulación al respecto. Será importante valorar si la posición intermediaria es neutral o si es activa, para medir su responsabilidad en términos legales⁴⁶. Además, la UE tiene sobre la mesa los problemas derivados de la gobernanza del “dato” en relación con la protección de los datos (personales)⁴⁷ y ha aprobado la Directiva

⁴⁴ DOUE núm. 186, de 11.07.2019.

⁴⁵ Como ha destacado Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El Reglamento 2019/1150/UE sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (Reglamento P2B)”, Ponencia en Congreso Internacional: Contratación a través de plataformas intermediarias”, Universidad Complutense, 17-18 marzo de 2022.

⁴⁶ Propuesta de Reglamento sobre un mercado único de servicios digitales (Digital Services Act) Bruselas 15.12.2020, COM(2020) 825 final y Propuesta de Reglamento sobre mercado del sector digital (Digital Markets Act), Bruselas 15.12.2020, COM(2020) 842 final.

⁴⁷ La Estrategia europea de Datos publicada por Comunicación de 19 de febrero de 2020 busca convertir la UE en líder de una sociedad impulsada por los datos. La creación de un

2019/790, de 17 de abril sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital⁴⁸.

Quedan retos por delante, como los daños derivados de accidentes provocados por coches sin conductor o problemas de avances neurocientíficos por implantes neuronales, los *smart contracts*; el pago con criptomonedas sobre cuyo mercado hay ya dos propuestas de Reglamento⁴⁹; los aspectos de tecnología *blockchain*, y en general, los problemas derivados de la aplicación de la inteligencia artificial, del que existe también Propuesta de Reglamento⁵⁰. Precisamente sobre esta última, la preocupación por la ética de la inteligencia artificial es mundial y la UNESCO aprobó el 25 de noviembre de 2021 a través de su Conferencia General una Recomendación sobre la infraestructura jurídica necesaria para garantizar

mercado único de datos permitirá que estos fluyan libremente por la UE y entre sectores, en beneficio de las empresas, los investigadores y las administraciones públicas. Ha dado lugar ya a la Propuesta de Reglamento relativo a la gobernanza europea de datos (Ley de Gobernanza de Datos) Bruselas, 25.11.2020 COM(2020) 767 final 2020/0340 (COD). Ver también el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos titulado: Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, 29 junio 2020. La Regulación europea de la protección de datos personales se estableció en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, que derogó en su día la Directiva 95/46/CE.

⁴⁸ DOUE L 1 30/92, de 17-5-2019.

⁴⁹ Para otorgar seguridad en el desarrollo de la tecnología, está trabajándose en dos propuestas de Reglamento, la reguladora de los mercados de criptoactivos y, la relativa a un un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado, ambas de 24 de septiembre de 2020. Se prevé que ambos sean aprobados a lo largo de 2022.

⁵⁰ Propuesta de Reglamento para establecer reglas armonizadas sobre inteligencia artificial (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative Acts, COM(2021) 206 final. Ver comentario de Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO, “Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial”, *La Ley Unión Europea*, n° 92, mayo 2021.

un desarrollo saludable de la IA. El impacto de la IA será enorme en los próximos años, cómo resultará de aplicación las ideas más elementales de formación de la voluntad negocial por ejemplo en *los machine to machine contracts*; y asimismo deberá revisarse la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos para adaptarla a los cambios tecnológicos, en concreto la inteligencia artificial.

VI. EL ABANDONO DEL PANDECTISMO

Como puede verse, este panorama normativo en el que la Unión Europea intenta regular rápido el mercado digital, con un ánimo de marcar criterio mundial, no arroja una visión sistemática. La Comisión es consciente de la necesidad de unificación de doctrina y aclaración de conceptos, pero lograr el objetivo europeo de liderazgo normativo no está tan claro. Se echa de manos uno de los elementos principales de toda construcción jurídica, que es el componente de abstracción. Es lo que Wiaecker llamaba el “fenómeno especulativo”. La ciencia jurídica es un sistema de valores, principios, conceptos e instituciones. Un ordenamiento, fragmentado y atomizado resulta insuficiente y aumenta el déficit de integración europea.

Se echa en falta un enfoque próximo al objetivo pandectista que a finales del siglo XIX movió a juristas como F. Savigny (1779-1861) primero; y a B. Windscheid (1817-1892)⁵¹ y a R. Ihering (1818-1892) después. Partieron de las aportaciones de los glosadores⁵² sobre la recepción

⁵¹ Fue fundamentalmente Windscheid, quien a través de su obra *Pandektenrechts* (Derecho de pandeltas) quien puso la base del Código civil alemán. Pothier (1699-1772) había hecho lo propio en Francia con el Code de 1804 a través de su obra *Pandectae in novum ordinem redactae*.

⁵² Sobre el método que utilizaron los glosadores ver: Sandra ADAMS, “El Derecho Común: notas sobre una realidad histórico-jurídica”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 12-26.

del Derecho romano⁵³ y recondujeron el Derecho por primera vez en la Historia a una estructura dogmática sistematizada, orgánica, al construir unos conceptos propios con un lenguaje preciso y refinado. Lograron dar forma a un sistema completo y cerrado de normas, instituciones, conceptos y principios⁵⁴.

Quizás estemos viviendo en estos momentos un punto de inflexión. El pasado 29 de diciembre de 2021 se publicaron tres documentos con

⁵³ Como afirma Wieacker, los glosadores pueden ser considerados como genuinos padres de la futura ciencia jurídica europea. Llegaron a tener un dominio muy exacto de los textos jurídicos romanos, porque dieron un tratamiento a los problemas jurídicos de acuerdo con el canon lógico propio de los mismos, es decir, un planteamiento exacto del problema a resolver, la pertinente discusión del caso, la argumentación adecuada e interpretación junto con la *solutio*. Mediante esta técnica pusieron las bases sobre las que se articularía la futura ciencia jurídica europea, es decir, el procedimiento de la motivación y decisión de los casos o conflictos vitales de la convivencia humana no siguieron el cauce de la costumbre intemporal ni vinieron mediatizados por el poder dominante, sino que más bien fue la fructífera discusión intelectual y científica del problema real del que se formará una *regula* desde el caso concreto; el tratamiento jurídico del caso de un modo autónomo y con rigor científico fue el que otorgó esa base sobre la que se articularía posteriormente la ciencia jurídica europea.

⁵⁴ Véase la síntesis al respecto realizada por Rafael BERNAD MAINAR, “La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno”, *Revista Internacional de Derecho romano*, octubre 2016 (online, www.ridrom.uclm.es). Para el autor la Pandectística “concibe el ordenamiento como un sistema que conecta con la sociedad en la que se desenvuelve, pero ésta apenas influye en él, dado que él se retroalimenta internamente desde la lógica, a partir de los conceptos elaborados dogmáticamente, como último valedor de la consecución de la justicia del caso concreto... y con ello se recupera el fundamento del Derecho en la tradición jurídica, premisa aceptada por la cultura jurídica alemana, eso sí, ahora reinterpretada por los juristas cultos, que alcanzan una posición de preeminencia como prestigiosos constructores de la nueva normatividad, en clara sintonía con el positivismo jurídico reinante en la época, ante el que la Escuela, lejos de resistirse, se suma con decisión... La Pandectística alemana representa el punto de enlace entre la corriente iusnaturalista e historicista de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX, que se reflejará en la codificación civil resultante (BGB)”.

forma de Comunicaciones de la Comisión Europea que resultan, a juicio de Tapia Hermida, extremadamente relevantes en la ordenación de la normativa europea de protección del consumidor⁵⁵ porque dos de ellas permite referirse a la «codificación» europea de la normativa de protección del consumidor. Se trata, en primer lugar, de las Directrices de sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores (DDC) y, en segundo lugar, de la Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores (CPCD). Como dice el autor citado la eficacia práctica que presentan estas directrices o guías para los operadores jurídicos son importantes porque están plagadas de ejemplos sacados de la experiencia de la Comisión que “facilitan notablemente la interpretación y la aplicación de normas técnicamente complejas y plagadas de conceptos jurídica y económicamente indeterminados”⁵⁶. En el ámbito de la protección de los consumidores, donde la Unión europea se ha centrado desde los años ochenta en aras a generar mecanismos de defensa en el mercado europeo, el dilema de la codificación es complejo. No nos referimos tanto a la estrategia nacional o doméstica extraordinariamente variada en la que cada país decide su integración o no en los cuerpos de normas generales⁵⁷;

⁵⁵ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “La «codificación» de la normativa de protección del consumidor en la Unión Europea”, *Diario la Ley-Unión Europea*, nº 101, marzo 2022.

⁵⁶ Desde el punto de vista interno, afectan a la futura modificación de normas mercantiles como la ley de ordenación del comercio minorista y la normativa de protección de consumidores.

⁵⁷ Ver CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La codificación del derecho de consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015) *Estudios*, pp. 105-151: si integrar el Derecho de consumo en el Código civil o si dotarlo de un Código de consumo propio y en tal caso, con qué configuración. a falta de un código europeo armonizado, a su juicio, probablemente resulte más realista en cada sistema una genuina codificación de consumo

como a la propia sistematización de las normas europeas que nunca ha sido un objetivo de las instituciones legislativas comunitarias.

Nótese por ejemplo que ni siquiera existe una noción europea de “contrato”. Recuerdan las comunicaciones europeas que corresponde a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades de ejecución nacionales del Estado miembro de que se trate apreciar si una relación jurídica constituye un “contrato”. Todas las Directivas de consumo contienen una disposición en el sentido de que no afectarán a las disposiciones generales del Derecho contractual nacional, por ejemplo, a las normas sobre validez, formalización o efectos de los contratos, en la medida en que esos aspectos generales del Derecho contractual no estén regulados en las Directivas.

La diferencia es clara desde el momento en que la pandectística o jurisprudencia de conceptos, heredera de la Escuela histórica, partió del *ius commune* y de las corrientes de pensamiento jurídico sobre la base del Derecho romano y el canónico, como el humanismo, el iusnaturalismo, el racionalismo jurídico; el positivismo, para dar un salto cualitativo en la creación de una ciencia jurídica europea. Si la recepción del siglo XI fue todo un fenómeno cultural de descubrimiento, recuperación y proyección en la Europa Central y occidental del *Corpus Iuris civilis* justinianeo⁵⁸, cuando llegó el siglo XIX, los pandectistas elevaron la ciencia

en un primer estadio antes de plantear la integración final de sus contenidos en el correspondiente Código civil.

⁵⁸ El papel importante de la Iglesia en la Edad Media dotó de entidad sustantiva y específica al Derecho Canónico. Coing explicó bien ese fenómeno. Se aplicaron las técnicas exegéticas y las formas de enseñanza propias del *trivium*. Coing (*supra*) señaló el papel tan importante que jugó la Lógica en la formación intelectual durante siglos. Hablar de Derecho Común implica hablar de todo un proceso de elaboración y transformación el *studium civile*. Estudiar el Derecho desde el punto de vista científico está en íntima dependencia con la recuperación que se hizo por parte de la conciencia científica medieval de la doctrina clásica que aparecía recogida en el Digesto. En el periodo del *ius commune* se produjo una fecunda discusión relativa a la búsqueda de estructuras y métodos que fuesen

del Derecho privado al grado más alto de la especulación científica alcanzado hasta el momento.

VII. EL ROL DE LA DOCTRINA PRIVATISTA EUROPEA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA

La ciencia jurídica requiere de la doctrina, de operadores jurídicos e instituciones, que contribuyan a esa formulación de principios, conceptos e instituciones. En realidad, lo que hizo la vertiente dogmática de la Escuela histórica del Derecho fue poner en manos de los juristas la elaboración dogmática de un sistema de Derecho privado integrado por construcciones jurídicas abstractas adaptadas a su tiempo sobre la base de las fuentes romanas justinianas.

La doctrina europea en el ámbito privado, en el que la UE quiere ser líder de normas, valores y principios, se está haciendo principalmente a través del *European Law Institute* (ELI)⁵⁹. Creado en 2011, con sede en Viena, está integrado actualmente por 1.600 juristas, como miembros individuales, y aproximadamente 100 instituciones (básicamente organismos y Universidades).

El ELI se fundó precisamente tras el rechazo de la Comisión, más arriba comentado, al proyecto de *Draft Common Frame of Reference*. Surgió entonces como una organización independiente que buscaba mejorar el

válidos para todas las ciencias, sin distinción entre ciencias naturales y ciencias del espíritu"... "La *lex* romana estaba llamada a imponerse, no sólo como la *lex* más expandida en todos los territorios indicados, sino que era estrictamente la única *lex*, que contenía un sistema que era capaz de dar respuesta a todos los asuntos. La doctrina puso de relieve que el descubrimiento del Digesto fue la pieza fundacional de la ciencia jurídica europea".

⁵⁹ Sitio web del European Law Institute (ELI): <https://www.europeanlawinstitute.eu/about-eli/>.

Derecho europeo, elaborando proyectos de textos normativos, así como reglas y principios, y propuestas de mejora o cambio de normas europeas ya existentes⁶⁰. Muchos de los académicos que habían estado vinculados a aquel proyecto decidieron crear este instituto que se está consolidando actualmente como uno de los *lobbys* más influyentes en la producción de normas de derecho privado⁶¹.

Actualmente el ELI está desarrollando su influencia sobre tres grandes focos o *umbrellas*, en los que se insertan los proyectos sobre los que trabajan profesores de las distintas Universidades europeas y profesionales del Derecho (abogados, notarios y jueces): El primero, sobre el “Estado de Derecho del siglo XXI” (fundamentalmente afecta a Derecho público, como la independencia judicial, la tradición común constitucional en Europa)⁶²; el segundo se denomina “Derecho y Gobernanza para la

⁶⁰ El ELI se autodefine como una organización democrática, pan-europea, basada sobre la membresía, por lo tanto independiente de cualquier gobierno u otra organización que reúne a juristas de todas las profesiones con el fin de mejorar el Derecho en Europa (no Derecho europeo como rama del Derecho) mediante proyectos con aplicación práctica inmediata. La actual dirección del European Law Institute está integrada por Pascal Pichonnaz (romanista y civilista de la Universidad de Fribourg) como Presidente, Lord John Thomas como primer Vicepresidente y Anne Birgitte Gammeljord, como Segundo Vicepresidente; tesorero Pietro Sirena y otros tres miembros: Bénédicte Fauvarque-Cosson, Aneta Wiewiórska-Domagalska y Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, única española en el comité directivo.

⁶¹ En solo diez años de vida sus logros son importantes. De un lado, su amplia membresía y de otro, el hecho de que se ha dotado de una estructura interna poderosa y de unos procedimientos de actuación muy bien definidos, todo ello sin dejar de lado un buen sistema de difusión, comunicación transparente y directo.

⁶² Incluye los proyectos siguientes: “Admissibility of E-Evidence in Criminal Proceedings in the EU”; “ELI-Mount Scopus European Standards of Judicial Independence”; “Freedom of Expression as a Common Constitutional Tradition in Europe”; “Fundamental Constitutional Principles”; “The Concept and the Role of Courts in Family and Succession Matters”.

Era digital”, que por lo que toca al Derecho privado, incluye los smart contracts y las implicaciones de la tecnología blockchain, así como los derechos sobre los datos y las transacciones sobre los mismos⁶³ y el tercer foco, “Vida sostenible y Sociedad”, que incluye “los derechos humanos y empresa” y la “responsabilidad financiera”⁶⁴.

Sus proyectos son elaborados en grupos de trabajo bajo los principios de transparencia y democracia. Posteriormente son aprobados en su Consejo y finalmente sometidos a voto electrónico de sus miembros. Así por ejemplo, en 2021, el Consejo del ELI aprobó cinco proyectos que se sometieron posteriormente a aprobación por todos los miembros durante los primeros meses de 2022: “For a European Approach to R&D Tax Incentive(s)”; “ALI-ELI Principles for a Data Economy: Data Transactions and Data Rights”; “Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies”; “Freedom of Expression as a Common Constitutional Tradition in Europe”; “ELI Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration⁶⁵” y “Use of Digital Assets as Security”⁶⁶. Los miembros

⁶³ Incluye los proyectos siguientes: “Access to Digital Assets”; “Artificial Intelligence (AI) and Public Administration – Developing Impact Assessments and Public Participation for Digital Democracy” “Blockchain Technology and Smart Contracts” y “Principles for a Data Economy: Data Rights and Transactions (with the American Law Institute, ALI)”.

⁶⁴ Son dos los proyectos sobre los que se está trabajando en este foco: “Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies (with input from the EU Agency for Fundamental Rights, FRA) y “Corporate Sustainability, Financial Accounting and Share Capital”.

⁶⁵ Las Reglas modelo de ELI se han diseñado para no depender de la legislación de la UE. Como tales, podrían servir de inspiración a legisladores nacionales (incluidos los de fuera de la UE) y de la UE, a gobiernos y administraciones. Hay varias formas en que se pueden abordar las preocupaciones planteadas por la toma de decisiones algorítmica.

⁶⁶ Publicado en 2022. Los redactores de los Principles on the Use of Digital Assets as Security son: Phoebus Athanassiou, Teemu Juutilainen; y Denis Philippe.

del ELI han sido convocados en 2022 a unirse a nuevos proyectos que se están poniendo en marcha⁶⁷.

Las reglas modelo que elabora son, en primer lugar, una ayuda para la elaboración de nuevas normas por parte del legislador europeo. Por ejemplo, la Resolución del Parlamento europeo de 2020/2018, de 20 de octubre de 2020, ha puesto de manifiesto esa influencia del ELI en el futuro Reglamento europeo sobre servicios digitales⁶⁸. El ELI está elaborando informes con colaboración directa de organismos de la UE, como el aprobado en 2021 sobre “Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies” elaborado junto con la *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA)⁶⁹. También, interviene en las consultas públicas que realiza la UE (por ejemplo, en la realizada sobre la propuesta de regulación sobre datos) y está demostrando una gran capacidad para hacer propuestas sobre los retos legales que la tecnología está planteando a la sociedad. Una buena muestra son sus propuestas sobre inteligencia artificial y decisiones basadas en algoritmos; así como en materia de *blockchain* y *smart contracts*⁷⁰.

⁶⁷ Son los siguientes: “Access to Digital Assets”; “Admissibility of E-Evidence in Criminal Proceedings”; “The Concept and the Role of Courts in Family and Succession Matters”; “Corporate Sustainability, Financial Accounting and Share Capital”; “ELI-Mount Scopus European Standards of Judicial Independence”; “Fundamental Constitutional Principles”; “Guiding Principles and Model Rules on Algorithmic Contracts”; “Climate Justice – New Challenges for Law and Judges y ecocide”.

⁶⁸ Cristoph BUSCH, “The ELI Model Rules on Online Platforms”, en Congreso internacional “La contratación a través de plataformas electrónicas intermediarias”, Universidad Complutense, 17-18 de marzo 2022.

⁶⁹ El informe formula recomendaciones respecto a cómo la UE y los Estados miembros pueden poner en práctica para superar los más habituales obstáculos que las víctimas tienen que afrontar en estos casos. ELI propone, entre otras ideas, un medio efectivo para plantear procedimientos de acción colectiva y propone una institución tipo “ombudsman” dotada de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

⁷⁰ El 9 de noviembre de 2021, ELI organizó una reunión con un grupo de expertos académicos y profesionales (High Level Expert Group) sobre contratación automatizada

En segundo lugar, también es una referencia para el legislador nacional. Podemos citar el caso de Portugal, cuyo Decreto 87/2021, de 20 de octubre, es una transposición de las ELI Model Rules sobre plataformas digitales aprobadas en 2019⁷¹. De momento Portugal es el único país que lo hecho. Recuérdese que en los años noventa, los *Principles of European Contract Law* sirvieron en su día de referencia para la regulación adoptada por países bálticos, como Estonia⁷².

En tercer lugar, el ELI facilita la reflexión sobre normas europeas que necesitan de actualización. Así en enero de 2021, el Consejo del ELI aprobó lo que denomina “innovative paper” acerca de “Guiding Principles for Updating the EU Product Liability Directive for the Digital Age”, con miras a proporcionar propuestas concretas a la UE que permitan actualizar la Directiva 85/374, de 25 de julio de 1985, de responsabilidad por productos defectuosos (una de las más antiguas del derecho comunitario) adaptándola a la era digital.

Y por último, la visión “supra europea” del ELI le permite trabajar generando normas de *soft law* en colaboración con otros institutos, como

con el objetivo de reflexionar sobre el nuevo proyecto en este ámbito que va a cambiar radicalmente las transacciones privadas y el rol que puede jugar la Unión europea (véase cómo fue regulado el Certificado europeo de sucesiones); el funcionamiento de los contratos híbridos (en parte derivados de IA y en parte de formación natural); el impacto del fallo de la tecnología; el juego del principio de la buena fe en el marco del blockchain; la articulación con las reglas de la nulidad contractual y los remedios por incumplimiento; los objetos digitales y el pago mediante nuevos medios como criptomonedas entre otros. Igualmente el 18 de noviembre tuvo lugar otra reunión sobre otro tema sobre el que se está pensando en aportar reflexión: “Third party funding of litigation”.

⁷¹ La publicación de este trabajo en 2019 fue cofinanciado por el programa de Justicia de la UE.

⁷² *Law of Obligations Act* adoptada el 28 de septiembre de 2001 (en vigor desde 1 de julio de 2002). Ver: Irene KULL, “Reform of Contract Law in Estonia: Influences of Harmonisation of European Private Law, *Juridica International*, XIV, 2008, pp. 122-129.

UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law, con sede en Roma)⁷³ acerca de reglas procesales civiles⁷⁴, o con el ALI (American Law Institute, con sede en Filadelfia), con este instituto ha aprobado en septiembre de 2021 los “Principios para una Economía de los datos”⁷⁵, que puede ser de gran ayuda a la UE en la regulación que pretende sancionar en 2022.

El ámbito del derecho mercantil, por su propia dimensión transnacional, es una especial piedra de toque acerca de la contribución del Derecho europeo en escala internacional⁷⁶ y este es el mejor ejemplo de ello hasta la fecha.

Finalmente, el ELI proporcionó principios relacionados con la crisis del COVID para abordar la necesidad de proporcionalidad de medidas a implementar cuando existe un bajo riesgo epidemiológico.

⁷³ Especialmente importante su aportación: “The Principles of International Commercial Contracts”.

⁷⁴ En este marco de colaboración se han aprobado los “Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure”. Han sido publicados en Oxford University Press (2021) y están siendo objeto de traducción a otros idiomas, como el francés.

⁷⁵ Con esta institución se ha aprobado en septiembre 2021: “Principles for a Data Economy: Data Transactions and Data Rights project”, que están siendo objeto de traducción a varios idiomas.

⁷⁶ Luisa BRUNORI, “History of business law: a European history?”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 15 (2018), pp.63-79.

VIII. CULTURA JURÍDICA EUROPEA, CIENCIA JURÍDICA EUROPEA Y... ¿EDUCACIÓN JURÍDICA EUROPEA?

La enseñanza del Derecho está siempre arraigada en la cultura jurídica. Durante siglos en las Universidades europeas se estudiaba el mismo Derecho, el *ius commune*. Toda biblioteca jurídica de cierta importancia de todo país europeo tenía un fondo básico idéntico de obras jurídicas y la formación de los juristas en todos los países era uniforme. También era normal el intercambio frecuente de profesores y alumnos, dentro de lo minoritario de los estudios de entonces, entre las diversas Facultades de Derecho europeas, con una lengua franca que era el latín⁷⁷. La Unión europea nació sobre la base de una cultura jurídica europea cohesionada sobre fundamentos romanísticos que la ciencia pandectística elevó hace un siglo a ciencia jurídica. El panorama actual no es el de una sola cultura europea sino muchas culturas y muy diversas.

El proceso de aprendizaje jurídico, como se dice ahora, consiste en marcar un itinerario a través del cual se da a conocer el Derecho y su praxis. Así que cultura, ciencia y educación jurídica van, o deben ir, siempre de la mano. La Universidad ha de decidir cuál es el objeto de la ciencia jurídica, esto es, qué visión del Derecho se ha de transmitir, bien una concepción más positivista, más judicialista, más naturalista... algo que es fundamental para la determinación de los objetivos de la formación de los juristas⁷⁸. La Unión europea promovió el programa Erasmus en 1987

⁷⁷ Anja AMEND-TRAUT, "Diversité ou unité? Culture juridique, correspondances et différences dans la recherche de la justice en Europe", *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 15 (2018), pp.33-49.

⁷⁸ Ver: Manuel Jesús GARCÍA GARRIDO y FRANCISCO EUGENIO, *Estudios de Derecho y Formación de Juristas*, Dykinson, Madrid, 1988, pp. 177-181: Hay tres vías de acercamiento al conocimiento del Derecho, la primera, la concepción positivista que identifica normativa legal con Derecho y que generó en realidad el fenómeno de la codificación; la segunda, la concepción judicialista es la que concibe el Derecho en íntima conexión con la actuación

para incentivar de nuevo esa movilidad⁷⁹, estuvo inspirada en aquella *pe-regrinatio* académica que hubo en la “vieja Europa” siglos atrás. Unos años después, la Declaración de Bolonia de 1999 supuso igualmente la creación de un espacio europeo de educación superior⁸⁰ en el que pudiera favorecerse el aprendizaje de estudiantes europeos (con más peso en las competencias que en los contenidos). Pero no hay, seamos sinceros, demasiada reflexión a escala supranacional.

En 2018, la Asociación de Facultades de Derecho (ELFA)⁸¹ intentó poner en marcha el “Proyecto “*European Iurist*”, que se vio desbordado por la necesidad de integrar visiones y culturas educativas muy dispares. Era un desafío demasiado complicado de abordar por la dificultad de visibilizar la base común que identifique al “jurista europeo”⁸².

de los jueces y la tercera, la iusnaturalista, que se basa en la existencia de un Derecho previo y superior al Derecho positivo.

⁷⁹ El vocablo Erasmus es el acrónimo de: “*European Region Action Scheme for the Mobility of University Students*” (Plan de Acción de la Comunidad Europea para la Movilidad de Estudiantes Universitarios).

⁸⁰ Declaración conjunta de los ministros europeos de enseñanza. Bolonia, 19 de junio de 1999.

⁸¹ La *European Law Faculties Association*, conocida por las siglas ELFA: Sitio web: <https://elfa-edu.org/> Fundada en 1995 en Lovaina por más de 80 Facultades de Derecho. Hoy tiene más de 150 miembros de países europeos y no europeos. Actúa como un foro internacional abierto a la discusión jurídica en torno a la educación jurídica.

⁸² Siguiendo a Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: *Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law*”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 13 (2016), pp. 276-306, así fue en el siglo XVII en Upsala y París; siglo XVIII en Wittenberg, Salamanca, Oxford y Coimbra. Filosofía, Derecho, Teología, Medicina y Ciencias naturales eran las materias más estudiadas.

IX. REFLEXIÓN FINAL

La Conferencia sobre el Futuro de Europa no es una casualidad, sino la respuesta al cuestionamiento del rol que la UE debe jugar en el mundo⁸³, replanteándose sus valores y normas con visión de futuro.⁸⁴

La atomización legislativa europea en el ámbito de Derecho privado patrimonial europeo no es absorbida por los códigos decimonónicos. La complejidad del marco jurídico es creciente, con una tecnología que desafía los conceptos y con la presencia de diferentes culturas jurídicas europeas y no europeas dentro de la UE. Desde el punto de vista jurídi-

⁸³ Afirman FRANCISCO LÓPEZ PALOMEQUE y Juan Ignacio PLAZA GUTIÉRREZ, *Geografía de Europa. Estructuras, procesos y dinámicas territoriales*, Tirant lo Blanch- Univ.Valencia, 2019, que Europa se debate en el siglo XXI entre una posible refundación o un peligro de desintegración. Dicen que se hace preciso recuperar los valores y principios políticos y sociales fundamentales en que se asentó la constitución y crecimiento de la Europa comunitaria (libertad, igualdad, solidaridad, derechos fundamentales) como principales activos que le otorgan fuerza y capacidad, así como establecer una nueva conexión con los ciudadanos y sus problemas reales: si se ha hablado tanto de “ciudadanía europea”, ha de demostrarse con la centralidad real que debe ocupar la “Europa social” en todo este proyecto. Y se hacen precisos “liderazgos políticos pro-europeistas” fuertes. Sin duda, todo ello ha de suponer un cambio de tendencia y un fortalecimiento de la UE que le permitirá retomar y coliderar el peso e influencia a escala mundial y abanderar un modelo de crecimiento solidario y sostenible.

⁸⁴ Esta pesimista valoración de la legislación europea en el ámbito del Derecho patrimonial privado no es una excepción. La doctrina civilista en España también ha puesto de manifiesto la “delicada situación que está atravesando la legislación civil estatal, muy desatendida por quienes tienen la capacidad de ponerla al día y de cuidar su coherencia y su modernización”. En palabras de María Paz GARCÍA RUBIO, “Reivindicando el valor del derecho civil. el tratamiento del derecho civil por los poderes normativos”, *Revista de Derecho civil*, vol. IX, núm. 1 (enero-marzo, 2022) Ensayos, pp. 233-245. Concluye la autora diciendo que “el Derecho civil no es una rama del Derecho más. Lejos de ello, como ha escrito un autor francés, más bien puede afirmarse que constituye el tronco y las raíces de cualquier Derecho. Tampoco el Código civil es una ley ordinaria como las otras, pues es el recipiente de los conceptos jurídicos básicos y, debidamente actualizado, debe serlo también de los valores que nos definen como sociedad”.

co son muy profundos los cambios sociales del mundo contemporáneo que están retando la función estabilizadora que corresponde al Derecho. La dogmática está en crisis y se revela a menudo la insuficiencia de una ciencia técnica del Derecho⁸⁵.

A nuestro juicio, el liderazgo respecto a normas y valores que reclama la Conferencia sobre el futuro de Europa, quedará en un mero *desideratum* sin un mayor enfoque organizado y “especulativo” por parte de la Unión europea. Los mecanismos de producción normativa, Reglamentos y Directivas, que requieren transposición, complican la pretensión de liderazgo.

Compartimos las palabras de Lamo de Espinosa cuando afirma que “nos encontramos en una encrucijada vital: o Europa se articula como unidad para asumir un papel central en la gobernabilidad del nuevo mundo globalizado, o quedará relegada a desempeñar un papel cada vez más dependiente y secundario”⁸⁶.

Si la Unión Europea quiere realmente dotar a la sociedad de valores y normas europeas, según dice la “Conferencia sobre el Futuro de Europa”, ello requiere de un esfuerzo mayor de especulación jurídica (un proceso de juridificación), como diría Wiaecker, y citando a este autor alemán, “sería necesaria una firme creencia jurídica de la época en la que se vive, una perfecta percepción de

⁸⁵ Joaquín ALMOGUERA CARRERES, “Crisis y recreación del derecho: Ángel Sánchez de la Torre”, en Luis BUENO OCHOA y Juan Antonio MARTÍNEZ MUÑOZ, *Los confines del derecho. Diálogos con Ángel Sánchez de la torre*, Universidad Complutense, Madrid, 2015, pp. 249-ss, alude a “la acuñación del concepto del «derecho viviente», que básicamente propone la existencia de un sistema abierto de fuentes”. Asimismo, una crisis de legalidad, la crisis de la codificación y del formalismo, abre la puerta a nuevas teorías jurídicas.

⁸⁶ Emilio LAMO DE ESPINOSA, *Entre águilas y dragones. El declive de Occidente*, Espasa (Premio Espasa 2021), Madrid, p. 29. Añade el autor que la Unión Europea es la primera economía del mundo, pero su peso político es decreciente y estamos ya en una sociedad posteuropea, más aún, postoccidental (p. 351).

la realidad social por medio de la ciencia del derecho y un acabado método jurídico”⁸⁷.

⁸⁷ WIACKER afirma (*op.cit.*, pp. 561-563) que los grandes tiempos de la Historia del Derecho privado han sido épocas en las que la imagen jurídica (la consciencia jurídica) de la ciencia estaba en consonancia con la imagen social de la sociedad respectiva. Esa consonancia se ha perdido hoy. “La última tarea esencial de toda gran ciencia del Derecho privado fue siempre la formación de un método acabado y seguro y de una teoría que impregnaron y ordenaron el contenido material de toda cultural material de su tiempo.... El método pandectista se ha destruido y no ha sido sustituido por otro método productivo. El desarrollo dogmático del Derecho civil ya no está a la altura de la influencia y la importancia de la tarea realizada por la ciencia pandectística ni de la de sus continuadores rezagados de comienzos de este siglo”. Y con ello no sólo podríamos encontrar un síntoma de la universal que amenaza material y espiritual nuestra cultura científica, sino también pensar que con la decadencia y el desdén de la dogmática del derecho privado, se anuncia la pérdida de las tres condiciones fundamentales para una cultura científica importante del Derecho privado: una firme creencia jurídica de la época, una perfecta percepción de la realidad social por medio de la ciencia del derecho y un acabado método jurídico no destruido críticamente y transmitido concienzudamente por la teoría y por su perfección sucesiva. La ciencia alemana del Derecho privado volverá a enaltermarse mediante jueces y maestros del Derecho que tengan presentes esas condiciones y presten oído a su tiempo”.

ESTUDIOS
AZTERLANAK
FIELD STUDIES

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)*

ITZIAR AGUIRRE ZÁRATE

Graduado en Derecho y Relaciones Internacionales
por la Universidad de Deusto

Deustuko Unibertsitateko Zuzenbideko eta
Nazioarteko Harremanetako gradudun bikoitza

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 17/11/2020

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 5/07/2022

Resumen: El presente trabajo tiene un doble objetivo. El primero de ellos es llevar a cabo una breve recapitulación de los aspectos fundamentales de la legítima y el apartamiento, así como realizar un repaso por las normal de aplicación transitoria que se establecen. Todo ello ayudará a lograr una mejor comprensión sobre el carácter y la naturaleza de los conflictos que nacen en relación a estas figuras y que se analizarán más adelante. El segundo objetivo, es desarrollar un estudio sobre los conflictos intertemporales a través del análisis de cinco resoluciones de la DGRN sobre este asunto. Estas cinco resoluciones han sido escogidas debido a su unicidad en los efectos que despliegan, por lo que cabe apuntar que el presente estudio no abarca todos los posi-

*Trabajo premiado en la V Edición del “Premio Adrián Celaya para Jóvenes Juristas”, otorgado por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, en 2020.

bles conflictos intertemporales que pueden surgir, pero si plasma a nivel general cuál es la doctrina de la DGRN. Con ello, se pretende dar luz a las disparidades que nacen como consecuencia de la entrada en vigor de una ley que modifica sustancialmente lo que venía estableciendo la anterior, en los casos en los que el testamento haya sido otorgado con anterioridad a la entrada en vigor de la ley pero su delación haya sido posterior. Así, se podrá observar los problemas que surgen de la interpretación de las cláusulas del testamento en relación con la legítima así como los criterios de interpretación adoptados por la DGRN para su resolución.

Palabras clave: legítima; apartamiento; testamento; aplicación temporal.

Senipartea eta bazterketa: denborazko aplikazio-erregelak eta horien interpretazioak dakartzan arazoak (ekainaren 25eko 5/2015 legea indarrean jarri ondoren)

Laburpena: Lan honek bi helburu ditu. Batetik, senipartearen eta bazterketaren oinarritzko ezaugarrien azterketa laburra egin nahi da, baita aldi baterako arauen aplikazioa gainbegiratzea ere. Horrekin guztiarekin lagundu nahi da erakunde juridiko horien inguruan sortzen diren gatazken izaera eta ezaugarriak hobeto ulertzeko. Bestetik, bigarren helburu bezala, aldi arteko gatazkei buruzko ikerketa garatu da, gai honi buruz ENZNak emaniko bost ebazpenen bitartez. Bost ebazpen horiek aukeratu dira ondorio berdinak sorrarazten dituztelako, eta horrenbestez, gerta daiteke lan honek ez dituela jorratzen izan daitezkeen aldi arteko gatazka guztiak: ENZNeren irizpide orokorra, alabaina, jaso da. Ildo horretatik, argitu nahi izan dira lege berria indarrean jartzean sor daitezkeen tirabirak, aurreko legeak ezarritakoa goitik behera aldatzen duelako, testamentua egiletsi bada lege berria indarrean jarri aurretik baina delazioa beranduago gauzatzen denean. Horiek horrela, seniparteari buruzko testamentu-klausulak interpretatzean sor daitezkeen arazoak ikus daitezke eta gatazka horiek konpontzeko ENZNak hartu dituen interpretazio-irizpideak ere.

Gako-hitzak: senipartea; bazterketa; testamentua; aldi arteko gatazka.

Legitimate and apart: rules of temporary application and problems that elicits its interpretation (after the entry in force of the law 5/2015, of June 25)

Abstract: This work has a double objective. The first of these is to bring out a brief recapitulation of the fundamental aspects of the legitime and the separation, as well as carry out a review of the normal transitional application that is establish. All this will help to achieve a better understanding of the character and nature of the conflicts that arise in relation to these figures and that will be analyzed later. The second objective is to develop a study on intertemporal conflicts through the analysis of five resolutions of the DGRN on this matter. These five resolutions have been chosen because of their uniqueness in the effects they unfold, so it should be noted that this study does not cover all the possible intertemporal conflicts that may arise, but if it captures at a general level which is the doctrine of the DGRN. With this, it is intended to shed light on the disparities that arise as a result of the entry into force of a law that substantially modifies what the previous one had been establishing, in the cases in which the will has been granted prior to the entry into force of the law but his denunciation has been later. Thus, it will be possible to observe the problems that arise from the interpretation of the clauses of the will in relation to the legitime as well as the interpretation criteria adopted by the DGRN for resolution.

Key words: legitimate; withdrawal; will; Temporary application.

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA Y EL APARTAMIENTO EN LA LDCV: 1. La legítima en la LDCV; 2. El apartamiento en la LDCV; III. REGLAS PARA LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LDCV: 1. Cuestiones previas; 2. Régimen transitorio: la LDCV y su remisión al CC; IV. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA DE LA DGRN SOBRE LA APLICACIÓN TEMPORAL Y LA INTERPRETACIÓN DE LA LEGÍTIMA Y EL APARTAMIENTO: 1. Análisis de resoluciones de la DGRN: A. Resolución de 12 de junio de 2017; B. Resolución 6 de octubre de 2016; C. Resolución de 5 de julio de 2018; D. Resolución de 20 de diciembre de 2018; E. Resolución de 19 de diciembre de 2019; 2. Reconstrucción doctrinal; V. CARÁCTER DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN: SAP DE GIPUZKOA, DE 13 DE MAYO, Nº 539/2019; VI. CONCLUSIONES; VII. REFERENCIAS: 1. Bibliografía; 2. Legislación; 3. Jurisprudencia.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
CCAA	Comunidades Autónomas
CAV	Comunidad Autónoma Vasca
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DT	Disposición Transitoria
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
LDCV	Ley de Derecho Civil Vasco
LDCFPV	Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco
MSPH	Miembro Superviviente de la pareja de hecho
Nº	Número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
P.	Página
Pp.	Páginas
Ref.	Referencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SS.	Sentencias
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de una regulación vasca que se adaptara a la coyuntura actual en sustitución a la Ley 3/1992, de 1 de julio de 1992 (en adelante, LDCFPV) fue firmemente defendida por muchos juristas, entre ellos, por quien fue Presidente de la Academia Vasca de Derecho, el profesor Adrián CELAYA IBARRA¹. En efecto, el objeto de la LDCFPV no satisfacía del todo el ámbito competencial otorgado por la Constitución, debido al uso moderado que se había hecho del artículo 149.1.8. de la CE y a la interpretación restrictiva que la doctrina española venía instaurando sobre este precepto². No obstante, a medida que las CCAA ganaban libertad en el ejercicio de sus competencias fue posible que naciera el debate en torno a la creación de una Ley Civil Vasca más ambiciosa. Así pues, la derogación de la antigua LDCFV abrió las puertas a una regulación que contribuye a una mayor libertad civil y cohesión social dentro del País Vasco³, acorde con el desarrollo y el orden social actual, como pone de manifiesto MANZARRAGA ZAMALLOA, “*con la idea de mantener vivo y aprovechar el legado del derecho tradicional y consuetudinario, pero con la vista puesta en el mundo actual*”⁴.

El 3 de julio de 2015 fue publicada en el BOPV la Ley 5/2015 de 25, de junio de Derecho Civil Vasco (en adelante, LDCV), que entró en vigor el 3 de octubre de ese mismo año. Este nuevo texto, que es “*audaz*

¹ CELAYA IBARRA, Adrián. “Objetivos de una ley civil vasca”. *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho*= *Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, 2007, nº 4, pp. 13-32.

² CELAYA IBARRA, Adrián. *Objetivos de una ley civil vasca... op cit.*, p. 21.

³ *Ibid.*

⁴ MANZARRAGA ZAMALLOA, Idoia. Resumen de la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. *Informazio Agerkaria, Boletín Informativo*, 2015, p. 8.

y prudente al mismo tiempo”⁵ dentro del marco competencial definido por los arts. 149.1.8 CE y 10.5 EAPV, pretende otorgar unidad, que no uniformidad, al Derecho Civil Vasco⁶. Mediante una novedosa regulación se supera la fragmentación jurídica históricamente existente en nuestro territorio a fin de tender puentes en el mismo, que a pesar de ser diverso, es una tierra limitada “con vivencias comunes de probada antigüedad”⁷. Además, vence los límites de una ley más bien descriptiva, dotando al País Vasco de un *corpus* normativo⁸ de derecho privado, que empero su novedoso contenido, se mantiene fiel a los principios generales que han inspirado y en los que se ha sustentado el Derecho Civil Vasco, en concreto, al principio general de la libertad civil (art.4 LDCV).

La actualización, extensión y unificación *ex lege* del derecho foral a todos los vecindados en el País Vasco, mediante la vecindad civil vasca es sin duda la piedra angular de esta norma ya que como expresa IRIARTE ANGEL “acaba la diferencia entre aforado y no aforados dentro del País Vasco, rompiendo con lo que había venido ocurriendo desde tiempo inmemorial”⁹. Con ello, la LDCV posibilitó la elaboración de un auténtico sistema normativo de derecho civil vasco logrando “combinar las particularidades de cada uno de sus Territorios Históricos con la necesaria extrapolación a toda Euskadi de cierta

⁵ ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. Una renovada dimensión de los conflictos internos: la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco y la interacción entre bloques normativos. *Revista española de derecho internacional*, 2016, vol. 68, n° 2, p. 26.

⁶ CELAYA IBARRA, Adrián. Objetivos de una ley civil vasca... *op. cit.*, p. 15.

⁷ CELAYA IBARRA, Adrián. Objetivos de una ley civil vasca... *op. cit.*, p. 22

⁸ ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. Una renovada dimensión de los conflictos internos... *op. cit.*, p. 26.

⁹ IRIARTE ÁNGEL, FRANCISCO de Botja. “La actualización del Derecho civil vasco en el año 2015: una visión desde la práctica”. *Iura vasconiae*. Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia. 2016, p. 329.

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

regulación normativa que vertebró el desarrollo futuro del mismo”¹⁰. Sin embargo, el corazón de la LDCV lo constituye el derecho de sucesiones¹¹, materia en la que la ley vasca introduce una regulación también novedosa modificando sustancialmente aquella que se venía adoptando, sin perjuicio de la conservación de algunas singularidades correspondientes a cada territorio histórico¹². Con esta nueva configuración ha sido posible crear un espacio jurídico que comprendiera instituciones de derecho sucesorio comunes para todos los territorios vascos¹³.

Naturalmente, la implementación de esta ley ha dado lugar a divergencias en la aplicación y la interpretación por parte de los distintos operadores jurídicos por lo que, uno de los mayores retos, dada la diferencia entre el régimen anterior y el establecido por la LDCV, ha sido afrontar con éxito el tránsito hacia la presente ley. En particular, en el ámbito sucesorio la institución de la legítima ha sido objeto de significativas modificaciones, estableciendo una legítima única de un tercio del patrimonio, para todo el País Vasco atendiendo al objetivo de dar unidad al Derecho Vasco y de aproximarlos a otras legislaciones europeas más modernas, como se desprende de la exposición de motivos de la Ley. Al hilo de ello, han surgido dudas sobre cuál debe ser la legítima aplicable en los conflictos intertemporales que se producen con la entrada en vigor de

¹⁰ CELAYA IBARRA, Adrián, et al. 2016. La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco: Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial. Madrid: Dykinson, p. 33.

¹¹ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a, “Derecho Civil Foral Vasco: nuevas perspectivas”, *Jado: boletín de la AVD-ZE Aren aldizkaria*, extra 4, 2007, p. 4.

¹² FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier, et al. “El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho Civil Vasco”. En: *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*.

¹³ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “Un nuevo espacio jurídico para el País Vasco”. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2015, n^o 64, pp. 54-57.

la LDCV, en relación con las disposiciones sucesorias otorgadas con anterioridad a la misma, en las que las legítimas utilizadas fueron diferentes. Al tratarse de un tema tan cotidiano y de novedosa y reciente regulación, el estudio sobre los problemas que el cambio de ley haya podido suscitar en torno a la aplicación de la legítima es una investigación pertinente y enriquecedora para el Derecho Civil Vasco, ya que su recopilación puede ser de gran utilidad a fin de ofrecer una imagen sobre el estado actual de la cuestión y prever futuras situaciones de conflicto.

El objetivo del presente trabajo es doble. El primero de ellos es llevar a cabo una breve recapitulación de los aspectos fundamentales de la legítima y el apartamiento, así como realizar un repaso por las normas de aplicación transitoria que se establecen. Todo ello ayudará a lograr una mejor comprensión sobre el carácter y la naturaleza de los conflictos que nacen en relación a estas figuras y que se analizarán más adelante. El segundo objetivo, es desarrollar un estudio sobre los conflictos intertemporales a través del análisis de cinco resoluciones de la DGRN sobre este asunto. Estas cinco resoluciones han sido escogidas debido a su unicidad en los efectos que despliegan, por lo que cabe apuntar que el presente estudio no abarca todos los posibles conflictos intertemporales que pueden surgir, pero sí plasma a nivel general cuál es la doctrina de la DGRN. Con ello, se pretende dar luz a las disparidades que nacen como consecuencia de la entrada en vigor de una ley que modifica sustancialmente lo que venía estableciendo la anterior, en los casos en los que el testamento haya sido otorgado con anterioridad a la entrada en vigor de la ley pero su delación haya sido posterior. Así, se podrá observar los problemas que surgen de la interpretación de las cláusulas del testamento en relación con la legítima así como los criterios de interpretación adoptados por la DGRN para su resolución.

De este planteamiento se deriva la siguiente estructura en la que se configura el trabajo. Por un lado, se desarrolla una primera parte de ca-

rácter teórico donde se recogen los aspectos fundamentales de la legítima y del apartamiento. A continuación, se lleva a cabo un breve repaso de las normas que regulan la aplicación transitoria de esta ley. Después, desde un prisma práctico, se procede a analizar las cinco resoluciones escogidas de la DGRN, en base a las cuales se desarrolla una breve reconstrucción doctrinal donde se reúnen los criterios de fondo utilizados por el Centro Directivo de la DGRN a la hora de resolver los conflictos. Finalmente, se concluye con un breve inciso a una sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa y se recogen las conclusiones obtenidas a nivel general.

II. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA Y EL APARTAMIENTO EN LA LDCV

1. La legítima en la LDCV

La LDCFPV, en atención a la autonomía de la voluntad del Derecho Vasco, ya redujo considerablemente el papel de la legítima otorgando así una mayor flexibilidad para el causante. Tanto es así, que incluso se ha llegado a considerar que *“la legítima a partir de la LDCFPV queda configurada como una legítima formal o simbólica”*¹⁴. No obstante, es la nueva LDCV la que ha *“reforzado la libertad del causante para disponer de los bienes de la herencia, mediante la configuración de una legítima colectiva y la posibilidad por vía de elección, por vía de apartamiento (...)”*¹⁵. La LDCV da un paso más allá en términos de libertad civil, aumentando la libertad dispositiva del causante, moderando las limitaciones de la troncalidad, eliminando la legítima de los ascendientes y reduciendo la legítima de los descendientes, como se verá a continuación. El nuevo texto legal de 2015 se ocupa en su Título

¹⁴ SAP Álava de 14 de enero de 2004.

¹⁵ SAP Bizkaia de 24 de julio de 2018.

II de las sucesiones. En concreto, la Sección primera y segunda del Capítulo segundo, artículos 47 a 60, modifican y regulan un nuevo sistema legitimario, cuyos aspectos más fundamentales se exponen a continuación:

Una de las grandes novedades que establece la LDCV es la instauración de una legítima colectiva. A diferencia la legítima individual que implanta el CC, lo que implica un derecho subjetivo de cada uno de los descendientes, el artículo 48.2 la LDCV instaura una legítima colectiva que implica que “*al contrario de lo que acontece en el Código civil, ningún legitimario podrá reclamar a otro por lesión de su (inexistente) legítima estricta*”.¹⁶ Esto es, en el sistema vasco, la norma permite al causante elegir entre sus legitimarios, de manera que “*hasta que aquel no proceda a la efectiva distribución de la legítima, ningún legitimario sabe en qué proporción será beneficiario, ni si recibirá algo*”.¹⁷ Lo que acontece bajo esta norma es la figura del apartamiento que se desarrollará en el subapartado siguiente debido a su singularidad e interés para este trabajo.

En cuanto a los legitimarios, mientras que el CC hace herederos forzosos, en orden supletorio, a (i) los hijos y descendientes; (ii) los padres y ascendientes y (iii) el cónyuge viudo (art. 807); la norma vasca, siguiendo el ejemplo de legislaciones más modernas, opta por excluir a los ascendientes y se limita así a una doble clasificación. De este modo, según el artículo 47 de la LDCV, sólo serán legitimarios *stricto sensu*: (i) los hijos o descendientes en cualquier grado y (ii) el cónyuge viudo o MSPH por su cuota usufructuaria en concurrencia con cualquier clase de herederos. Es decir, por un lado se excluye a los ascendientes como legitimarios, si bien no quedan excluidos de sus derechos como parientes tronqueros, ti-

¹⁶ GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio. 2016. “La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n° 5/2016. Editorial Aranzadi.

¹⁷ *Ibid.*

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

tuales de una *pars rerum* sobre los bienes troncales ni de su configuración como sucesores abintestato en un llamamiento posterior al del cónyuge viudo o MSPH. Por otro lado, incluye al MSPH, equiparando a este al cónyuge viudo a todos los efectos, siempre y cuando esté debidamente inscrito en el registro administrativo correspondiente.

Centrando la atención en el *quantum* de la legítima, en cuanto a los descendientes, mientras el CC configura una legítima de dos tercios del caudal hereditario (art. 808), el legislador vasco opta por ampliar la parte de libre disposición del causante y establecer así una legítima de un tercio del caudal hereditario (art. 52.1). Es decir, la LDCV reduce la cuantía de legítima de 4/5 en Bizkaia (Ley de Partidas de Castilla) y de 2/3 en el resto de territorios (CC) a 1/3. La propia exposición de motivos de ley estima que esta decisión es muy importante y contribuye mejor que cualquier otra a dar unidad al Derecho Vasco. Cabe señalar que en caso de que la condición de descendiente coincidiese con la de pariente tronquero, la solución pasaría por la imputación de los bienes troncales a la legítima. Además, en contraste con lo establecido en el CC, en virtud del cual el derecho legitimario de los descendientes se determina por la preferencia de grado, excluyendo los de grado más próximo a los de grado más lejano, la LDCV se inclina de nuevo por otorgar una mayor libertad al causante, al ofrecer la opción de disponer de la legítima “*a favor de sus nietos o descendientes posteriores, aunque vivan los padres o ascendientes de aquellos*” (art. 51.1).

En cuanto a la legítima del cónyuge viudo o MSPH, esta se determinará en función de su concurrencia con cualquier heredero en los términos previstos en el artículo 52, por el cual el cónyuge viudo o MSPH que concurriera con descendientes tendrá derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes. A falta de descendientes, tendrá el usufructo de dos tercios de los bienes. Al hilo de ello, otra novedad de la LDCV es el otorgamiento al cónyuge viudo o MSPH de un derecho de habitación en la vivienda conyugal “*además de su legítima*” (art. 54).

Al margen de las diferencias sobre los legitimarios y la cuantía de la legítima, el legislador vasco también configura dicha institución de una naturaleza jurídica diferente. La LDCV modula la legítima como una “cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo” (art. 48.1). Es decir, al contrario de lo que ocurre en el CC, en el que este aspecto también resulta debatido, en la LDCV la herencia deja de ser el único modo de transmitir la legítima, por lo que el legitimario no será forzosamente heredero, sino que este también podrá recibir dicha cuota sobre la herencia en condición de legatario, donatario u otro modo. Si bien la naturaleza jurídica de la legítima sigue siendo causa de discusión doctrinal en el derecho común, la jurisprudencia y la postura mayoritaria la considera *pars hereditatis*, es decir, entiende la figura del legitimario como la de heredero, concretamente heredero forzoso, cuyo llamamiento realiza la ley no a bienes en concreto sino a una cuota de la masa hereditaria¹⁸. Por el contrario, la configuración de la naturaleza jurídica de la legítima para el legislador vasco no es tan clara, ya que debe atenderse a los límites establecidos en los casos de troncalidad, configurándose en estos casos la legítima como *pars rerum* o derecho a percibir los bienes troncales *per se*. Por tanto, es posible identificar tres situaciones en la legítima vasca. En primer lugar, aquella sucesión en la que no exista bienes troncales, los legitimarios tendrán un derecho de crédito sobre los bienes de la herencia, configurándose así la legítima como *pars valoris*. En segundo lugar, cuando concurren tanto bienes troncales como bienes no troncales, “*la imputación de la troncalidad a la cuota legitimaria llevará consigo el que esa legítima, al menos en la parte relativa a los troncales, sea una pars rerum*”

¹⁸ DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Madrid: Editorial Tecnos. 1978. En esta línea la STS de 26 de abril de 1997 atribuye a la legítima tal naturaleza al afirmar que aquella “*es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales*”.

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

y no un derecho de crédito”¹⁹. En tercer lugar, en el caso de que sólo existan bienes troncales, es clara la configuración de la legítima como *pars rerum*, es decir, derecho a recibir los mismos bienes troncales, sin perjuicio de los derechos que correspondan al cónyuge viudo.

Si bien lo expuesto hasta aquí unifica su regulación en toda la CA es preciso recordar que se conservan tres salvedades derivadas de la concurrencia de la vecindad civil vasca con determinadas vecindades locales: la troncalidad en Bizkaia, la plena libertad de testar en el Fuero de Ayala y las reglas que rigen la sucesión del caserío en Gipuzkoa²⁰.

2. El apartamiento en la LDCV

Como parte de una innovadora regulación que amplía la libertad de disponer de los bienes en el testamento, la LDCV ofrece una de las novedades más relevantes: la institución del apartamiento, una figura inexistente para el Derecho común. Como pone de manifiesto el artículo 48.2, el causante queda obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita, sin ninguna justificación.

La Compilación de 30 de julio de 1959 admitía el apartamiento expreso o tácito, pero exigía que constara claramente la voluntad del testador de apartar de su herencia a descendientes (art. 23). Por su parte, la LDC-FPV, mantuvo la misma doctrina y reguló los efectos de la preterición no intencional, dando derecho al preterido a “una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido” (art. 54). La norma actual es clara en este sentido; no exige que conste la voluntad expresa de apartar, y equipara al apartamiento la preterición, intencional o no (art. 48.4). Es decir, la

¹⁹ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a, et al. 2016. La Ley 5/2015, de 25 de junio... *op.cit.* p. 87

²⁰ GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio. Notas a la ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016, p. 316.

norma no atiende a la forma en la que se aparta a uno o varios legitimados igualando los efectos del apartamiento expreso y tácito. Esto ocurre también cuando se omite el apartamiento, ya que el artículo 48.3 indica que la omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito. En resumen, el apartamiento (expreso o tácito), la omisión del apartamiento y la preterición (intencional o no) despliegan los mismos efectos de “*individualización de la legítima cara al o a los elegidos por el causante de una parte y a los apartados o preteridos por él de otra*”²¹. No obstante, es preciso señalar que en el caso en que se diera la preterición de todos los herederos forzosos, el artículo 51.2 LDCV, ordena que este hecho hará nulas todas aquellas disposiciones sucesorias de contenido patrimonial.

Llegados a este punto conviene diferenciar el apartamiento de la institución de la desheredación, figuras que son confundidas con asiduidad en su uso común. En efecto, la desheredación es una figura omitida por la LDCV y se rige según el CC, que está vigente en esta materia. A través de este instrumento es posible privar a los herederos forzosos de la legítima cuando concurren determinadas causas legales establecidas *lege data* en el CC y así consten expresamente. Estas causas, por lo general, son carácter peyorativo por no cumplir con los deberes familiares socialmente exigidos (ej.: negar alimentos, insultar gravemente de palabra, maltrato psicológico...), algo que CELAYA IBARRA define como “*un castigo que supone la pérdida del afecto y consideración del testador*”²².

Por el contrario, la LDCV permite el apartamiento en el sentido de que se intenta conservar y transmitir el patrimonio familiar constituido por la familia a lo largo de su historia y por tanto, en caso de que sea necesario para evitar su división, se adjudica a determinados herederos

²¹ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a, et al. 2016. La Ley 5/2015, de 25 de junio... *op.cit.* p. 89.

²² CELAYA IBARRA, Adrián. Derecho foral y autonómico vasco. Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1984, p. 183.

apartando a otros. En este caso, CELAYA IBARRA define el apartamiento “como un medio para la conservación íntegra de los patrimonios”.²³ Muestra de ello es que la ley plasme en el artículo 51.2 que la preterición de todos los herederos forzosos haga nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial. Además, del tenor literal del precepto inmediatamente posterior (art 51.3) se deduce una importante diferencia entre el apartamiento y la desheredación. En virtud de este artículo el heredero forzoso que haya sido apartado de forma expresa o tácita conservará sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione la legítima colectiva, una posibilidad inexistente en el caso de la desheredación.

III. REGLAS PARA LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LDCV

Antes de entrar de lleno en el análisis de las resoluciones, conviene llevar a cabo un repaso por el régimen transitorio que la Ley presenta para exponer la hoja de ruta marcada a fin de resolver los posibles conflictos temporales que se generan.

1. Cuestiones previas

El Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio en base al Convenio de La Haya de uno de agosto de 1989, establece soluciones para la movilidad personal y temporal, sobre la premisa de la “*certeza de las relaciones jurídicas y previsibilidad de las sucesiones mortis causa*”²⁴. A pesar de que el Reglamento se refiere a aquellas sucesiones con componente internacional, sus disposiciones se integran como parte del ordenamiento interno y sus principios podrían ser útiles para hacer frente a la aplicación temporal

²³ *Ibid.*

²⁴ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana. Conflictos intertemporales en el Derecho Civil Vasco. Noticias Tresguerres. 2017.

de las normas²⁵. Si bien lo dispuesto en la propia exposición de motivos de la LDCV, dicho reglamento es fuente inspiradora de la misma, su régimen transitorio (el de la LDCV) subsana parcialmente las situaciones anteriores conforme a criterios de previsibilidad, seguridad jurídica y buena fe. De hecho, como apunta FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, el régimen transitorio de la LDCV presenta ciertas limitaciones en el sentido de que no establece un derecho transitorio demasiado elaborado, ni una retroactividad mínima o una *vacatio legis* amplia que haya permitido a los operadores jurídicos resolver los posibles conflictos que surgen de manera uniforme. Es por ello que la promulgación de la nueva ley vasca ha dado lugar a numerosos problemas de interpretación y de aplicación temporal de la norma²⁶. Bien es cierto, que no es justo pasar por alto que el precepto constitucional que compete a la CAPV para el proceso de actualización y desarrollo del Derecho civil vasco, reserva en exclusiva del Estado las normas para resolver los conflictos de leyes²⁷.

Como se apuntaba en la introducción, hasta el momento de la entrada en vigor de la LDCV, la ley vasca no regulaba una vecindad civil autonómica, sino que las vecindades civiles eran locales, pertenecientes a cada provincia vasca y/o municipio y cada una de ellas presentaba sus propias especificidades²⁸. De esta forma, hasta la entrada en vigor de la LDCV

²⁵ En esta misma línea, GRANADOS DE ASENSIO, Diego M^a. “Preterición de hijos sobrevenidos RDGRN 12/06/2017”. *Notariabierta*. 2017.

²⁶ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana. Conflictos... *op. cit.*

²⁷ El Tribunal Supremo afirma en la sentencia de 16 de abril de 1991 que, “*carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de Derecho intertemporal que tengan carácter genérico*”, se admite que, “*a falta de reglas específicas estatuidas por cada dispositivo legal concreto, y, siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes, son las normas de derecho transitorio del Código Civil las que cumplen tal función y a ellas debe acudirse cuando de resolver una cuestión*”.

²⁸ En el caso de Bizkaia, según los artículos 5,6 y 12 del Fuero de Bizkaia, las especificidades forales vizcaínas se aplicaban a quienes tuvieran vecindad civil en la parte aforada

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

concurrían en la CAV hasta cuatro sistemas legitimarios diferentes²⁹. Esta realidad se transforma con la promulgación de la LDCV que sustituye con un único texto sucesorio la pluralidad sistemas legitimarios existentes, y establece el régimen del CC, hasta entonces ampliamente imperante en Euskadi³⁰, como régimen supletorio. Es por ello que la vecindad civil que implanta el artículo 10 de la LDCV constituye a día de hoy el eje de nuestro derecho civil, ya que instauró a partir de su entrada en vigor un derecho común para todos los ciudadanos de la CAV. La DT 7^a instaura, *ope legis*, la atribución automática de la vecindad civil vasca a todos aquellos que gocen de vecindad civil en cualquier territorio del País Vasco en el momento de entrada en vigor de la norma. Esta atribución automática despliega ciertos efectos y consecuencias en el campo sucesorio debido a que la ley sustantiva aplicable a tal efecto se ha visto modificada. Por tanto, dichas modificaciones requieren una especial atención ya que a la hora de enfrentarnos al fenómeno sucesorio es crucial identificar correctamente la ley aplicable a la sucesión del causante y así precisar el alcance que la ley posterior pueda tener en aquellos actos jurídicos constituidos al amparo de ley anterior³¹.

del territorio por lo que los que no tuvieran vecindad civil aforada quedaban sometidos al Derecho civil común (a excepción del art. 13 LDCFV). En el caso de Álava, el Derecho civil común era la norma aplicable, con la excepción de la zona aforada donde regía el Fuero de Ayala (art. 131 LDCFPV). Por último, en el caso de Gipuzkoa, la sucesión de sus habitantes se encontraba regulada por el Derecho Civil común a excepción de las particularidades para la sucesión del caserío que establecía el Fuero de Gipuzkoa.

²⁹ GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio. Notas a la ley 5/2015, ... *op. cit.*, p. 315.

³⁰ CELAYA IBARRA, Adrián. “Conflictos de leyes civiles”, *Jado: boletín de la AVD-ZEAREN aldizkaria*, 18, 2009, p. 17.

³¹ MAGALLÓN ELÓSEGUI, Nerea. La vecindad civil y los conflictos intertemporales en la ley de Derecho civil vasco *Cuadernos de derecho transnacional*, 2019, vol. 11, n° 2, p. 264.

2. Régimen transitorio de la LDCV y su remisión al CC

La LDCV contiene siete disposiciones transitorias. La primera de ellas dispone que *“los conflictos intertemporales entre esta ley y las que deroga se resolverán aplicando las disposiciones transitorias preliminar, 1.a, 2.a, 3.a, 4.a y 12.a del Código Civil”*. Es decir, la LDCV remite al CC.

El párrafo primero del artículo 9.8 CC establece como regla general la nacionalidad del causante en el momento de su muerte como punto de conexión al que se debe atender para regir la sucesión por causa de muerte. El mismo artículo continúa regulando el “ajuste de la legítima” y ordena que *“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”*. Por último, este artículo y como excepción a la regla general dispone que *“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”*. Como resulta de la STS de 16 de marzo de 2016 esta excepción no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad sucesoria del CC, ya que responde, a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge superviviente y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial³².

Más adelante, el art. 14 en relación con el art. 16³³ se refiere a los conflictos interregionales estableciendo que *“la sujeción al derecho civil común o*

³² STS de 16 de marzo de 2016, n° 161/2016.

³³ El art.16 introduce un sistema de resolución de conflictos entre los diversos ordenamientos civiles que conviven en el Estado [STC 226/1993, de 8 julio (RTC 1993\226)], estableciendo la vecindad civil como criterio de sujeción personal a los distintos ordenamientos civiles y único punto de conexión.

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

al especial o foral se determina por la vecindad civil”, a saber, fija la vecindad civil del causante como punto de conexión que determina la ley aplicable de cada ciudadano. De todo ello se infiere, por tanto, que la LDCV y su régimen jurídico pasan a ser la norma aplicable para regir la sucesión de cualquier ciudadano que ostente la vecindad civil vasca en el momento de su fallecimiento.

Asimismo, con carácter general el CC establece el principio de irretroactividad, es decir, que la nueva ley no debería aplicarse a hechos pasados. Específicamente, es preciso destacar la DT duodécima relativa al Derecho sucesorio por la cual el CC pare inclinarse por la “teoría del hecho jurídico realizado” conforme a la cual cada hecho debe quedar sometido y ser regulado por la ley vigente en el momento en que se produce, es sí, siempre en atención a la “teoría de los derechos adquiridos” que se fundamenta en el principio general de irretroactividad³⁴ en materia sucesoria por la que la nueva ley nunca debe afectar a derechos cuyo titular los ostenta al amparo de la antigua ley³⁵ (DT 1º de la LDCV).

En resumen, de todo ello se deduce que opera el principio de que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor una ley se rigen por la legislación anterior y las abiertas después quedan al imperio de la nueva legislación por lo que en consecuencia el sistema de legítimas aplicable será el correspondiente a la LDCV vasca, pero siempre en atención a las disposiciones testamentarias, respetando en la medida de lo posible la voluntad del causante, que es la esencia que rige la sucesión³⁶. La solución, por tanto,

³⁴ En esta línea, STS de 13 de abril de 1984, nº 1528/1984.

³⁵ MAGALLÓN ELÓSEGUI, Nerea. La vecindad civil y los conflictos... *op. cit.* p. 268.

³⁶ Respeto a la ley temporalmente aplicable al fenómeno sucesorio, SSTS nº 895/2006, de 18 de septiembre, nº 896/2007, de 31 de julio, seguidas por la Audiencia Provincial de Bizkaia en sentencias 501/2007, de 6 de julio (JUR 2008\8061), 194/2011, de 18 de marzo (JUR 2011\303248).

según la DT segunda consiste en otorgar a estas sucesiones plena validez y dotarlas de la eficacia que ostentaban al amparo de la normativa que estaba en vigor en el instante de su formalización para que surtan todos sus efectos³⁷. Además, del tenor literal de la duodécima DT se infiere un límite a la validez y eficacia prevista en el artículo anterior, que es que no se podrán rebasar los preceptos que prevea la ley aplicable a la sucesión, en este caso la LDCV, “*por su condición de Derecho necesario*”³⁸. Por el contrario, se aplica el criterio de interpretar la voluntad del causante en las disposiciones dotando de sentido a su contenido. Cabe destacar que esta regla no opera al revés ya que una disposición sucesoria nula lo es *ex tunc* y no adquiere eficacia por el mero hecho de cambiar la ley sucesoria³⁹. En otras palabras, en aquellos casos en los que hayan dispuesto en el testamento figuras que no eran válidas bajo la ley LDCFPV pero que si lo son desde la entrada en vigor de la LDCV no se convalidan automáticamente por el hecho de que esta ley los acepte y los regule⁴⁰.

Partiendo de este planteamiento en el que la LDCV modera las limitaciones impuestas a la libertad de testar del causante respecto a las contenidas en el CC, la interpretación de un testamento otorgado en base a los términos previstos en este último no vulneraría las reglas imperativas de la ley aplicable a la sucesión; al contrario, los legitimarios recibirán una cuota mayor al mínimo garantizado por la LDCV. No obstante, CASTELLANOS CÁMARA indica que tal conflicto sí podrá producirse, en la esfera del cónyuge viudo o MSPH, a quien la LDCV ha ampliado y reconoci-

37 DT 2ª: “*Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma*”.

38 CASTELLANOS CÁMARA, Sandra. Reflexiones sobre el régimen transitorio de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. *Jado: boletín de la AVD-ZE Aren aldizkaria*, 2017, vol. 2018, n° 28, p. 261.

39 GRANADOS DE ASENSIO, Diego Mª. “Preterición de hijos sobrevenidos... *op. cit.*”

40 CASTELLANOS CÁMARA, Sandra. Reflexiones sobre... *op. cit.*, p. 260.

do para el caso del MSPH, su cuota usufructuaria en comparación con la prevista en el CC, además de haberle asignado un derecho de habitación sobre la vivienda familiar, debiéndose en tal caso modificar la cuantía de las legítimas, las mejoras y los legados⁴¹. Asimismo, resulta interesante destacar que esta aplicación normativa por la que la disposición testamentaria se interpreta conforme a la ley del testamento y la legítima se regula por la *lex successionis*. En definitiva, la ley sucesoria (en este caso la LDCV) regula la sucesión y fija el contenido o cuantía de la legítima, pero la voluntad del testador se interpreta según la ley del momento en que fue otorgado el testamento, cuando el causante planificó su sucesión.

IV. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA DE LA DGRN SOBRE LA APLICACIÓN TEMPORAL Y LA INTERPRETACIÓN DE LA LEGÍTIMA Y EL APARTAMIENTO

A continuación, como se ha expuesto en la introducción, se analizarán una serie de supuestos resueltos por la DGRN en los que el causante ha realizado testamento con fecha anterior al 3 de octubre de 2015; es decir, antes de la entrada en vigor de la LDCV y por tanto ostentando una vecindad civil diferente a la vasca, pero cuyas delaciones se han producido con fecha posterior a la entrada en vigor de la LDCV⁴². En ellas es posible observar desde una visión práctica esta controversia expuesta anteriormente y los distintos resultados de la forma en la que la DGRN ha dado solución a cada caso. Después, a la vista de los problemas fun-

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Como pone de manifiesto GALICIA AIZPURUA, el art. 17.2 LDCV no debe llevar a error respecto al momento de la apertura de la sucesión. Esta coincidirá siempre con el del fallecimiento del causante, pues es entonces cuando se extingue su personalidad y por tanto cuando su patrimonio se convierte en herencia (arts. 17.1 LDCV, 657 y 661 CC). Por ello, lo que se produce en el momento en que el fiduciario ejerce su poder es la delación.

damentales que se abordan en las resoluciones, se desarrolla una breve reconstrucción doctrinal que consiste en una enumeración y agrupación de los criterios empleados por el Centro Directivo de la DGRN a la hora de resolver los recursos.

1. Análisis de resoluciones de la DGRN

A. Resolución de 12 de junio de 2017:

En esta resolución se dilucidan los derechos sucesorios de los hijos de un hombre guipuzcoano que otorgó testamento en el año 1994, bajo la vigencia de la LDCFPV. En él había dispuesto como última voluntad instituir heredero universal al único hijo y legitimario que tenía entonces. No obstante, posteriormente y fruto de una nueva relación, nacieron otros dos hijos del testador, con los que convivió hasta su muerte. A pesar de ello, el testamento se mantuvo intacto falleciendo el testador el día 3 de septiembre de 2016, tras la entrada en vigor de la LDCV, y por tanto, con vecindad civil vasca. Dados estos hechos, la registradora de la propiedad denegó la inscripción de la escritura de herencia porque estimaba que era difícil pensar que la intención del testador fuese la de desheredar a los hijos sobrevenidos y que esta aparición de herederos forzosos sobrevenidos constituía una alteración de las circunstancias y una imprevisión que daba lugar a una falta de voluntad testamentaria.

Contra esta nota de calificación el Notario interpuso el recurso correspondiente. En su resolución, la DGRN resuelve el conflicto de derecho intertemporal y el conflicto de derecho interregional en base a las normas de derecho transitorio, expuestas en el apartado anterior. Es resumen, recuerda que la norma que rige la sucesión es la LDCV pero respetando en cuanto fuese posible las disposiciones testamentarias. En base a este planteamiento, el testamento otorgado no genera ningún dilema ya que la LDCV permite instituir un único heredero universal, por lo que

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

se respeta la legítima colectiva, y admite apartar a resto. Y así lo entiende la DGRN al prever que no se trata de un problema de interpretación de un testamento sino de aplicación de la Ley. En este caso, el testamento otorgado acata la nueva regulación de la legítima respetando la legítima colectiva, que conforme a la ley vasca podrá únicamente ser nombrado heredero el hijo designado en testamento y, consecuentemente, los dos hijos sobrevenidos al haber sido preteridos, se consideran apartados. Es por ello que de esta interpretación la DGRN concluye que no es necesaria la representación de los otros dos hijos menores en la partición de la herencia, ya que al haber sido preteridos se consideran, conforme la aplicación estricta del artículo 48, apartados de la herencia. A pesar de no parecer lo más adecuado en base a la protección jurídica del menor, al no haberse pronunciado el testador sobre los hijos sobrevenidos, no es posible ni permisible construir disposiciones nuevas no previstas por el causante, por lo que deberá atenerse a estos efectos.

Esta resolución ha sido objeto de diversas críticas por parte de varios autores, fundamentalmente porque dos menores pierden un derecho a la legítima que les correspondía. Concretamente, GRANADOS DE ASENSIO, entiende que la preterición no es una cuestión de fijación de legítimas, como se deduce de esta resolución, sino de voluntad testamentaria. Sostiene que el negocio jurídico ha de regirse en cuanto a sus elementos (consentimiento, objeto, causa) y a sus efectos por la ley del tiempo de su otorgamiento (DT 2ª CC). Y, por tanto, los efectos de la preterición deben ser los señalados en el art. 814, 2º CC, con la única excepción del “ajuste de legítimas” (art. 9.8 CC y DT 12ª CC). Es por ello que entiende que en este caso se está modificando la voluntad del otorgante al aplicar una ley posterior un negocio jurídico anterior y que parece ignorar la diferencia de aplicación normativa que debe hacerse entre la *lex successionis* y la ley que debe regir la interpretación, al aplicar los criterios

de la ley sucesoria a la interpretación del testamento⁴³. Asimismo, critica que el contenido de esta resolución centra su atención en determinar cuál debe ser la ley sucesoria aplicable y en el cumplimiento de la legítima colectiva, algo que no se discutía en la calificación registral, mientras que deja de lado la interpretación de la voluntad del testador.

Por su parte, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES también formula que en este supuesto se debería haber favorecido la previsibilidad y la seguridad jurídica a la vista de la exposición de motivos; de la hermenéutica de la Ley Vasca y de la propia doctrina de la DGRN dictada en el pasado de la que es posible inferir que la presunción de apartamiento “*no es regla sobre la legítima en sentido material, sino hermenéutica de la disposición de última voluntad*”⁴⁴. Por último, MAGALLÓN ELÓSEGUI añade que este efecto podría haber sido paliado, y que debería haberlo sido, a través de la técnica de la adaptación a fin de facilitar el ajuste entre los dos sistemas legitimarios que han de aplicarse en base la solución al conflicto móvil que fija la norma de conflicto. Entretanto, dos menores han resultado quedarse sin legítima por considerarse apartados de la herencia de su padre en base a los artículos 48 LDCV y 9.8. CC⁴⁵.

B. Resolución 6 de octubre de 2016:

En este caso se aclaran los derechos sucesorios de los ascendientes del testador, fallecido en estado de casado y sin descendientes sin que conste el fallecimiento o renuncia de los ascendientes, habiendo otorgado bajo la vigencia de la LDCFPV. En el testamento legó a sus padres “*lo que por legítima les corresponda*” e instituyó y nombró como única y universal heredera a su cónyuge. En este punto no cabe duda de que la sucesión

⁴³ GRANADOS DE ASENSIO, Diego M^a. “Preterición de hijos sobrevenidos... *op. cit.*”

⁴⁴ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana. Conflictos ...*op. cit.*

⁴⁵ MAGALLÓN ELÓSEGUI, Nerea. La vecindad civil y los conflictos ... *op. cit.*, p. 269.

será ordenada en base a LDCV y su régimen sucesorio, pero cumpliendo en cuanto esta lo permita, las disposiciones testamentarias. Asimismo, es seguro que no existiendo descendientes la legítima del cónyuge viudo consistirá en el usufructo de dos tercios de los bienes y el derecho de habitación en lo que fue vivienda conyugal. (nº 2 art. 52 de la Ley 5/2015).

No obstante, el escenario que se plantea da lugar a la incertidumbre en cuanto a los derechos sucesorios de los ascendientes ya que como se ha expuesto en el bloque teórico, la LDCV ha suprimido la legítima de los ascendientes, pero conforme al testamento y la LDCFPV los padres tendrían derecho a la mitad de todos los bienes del testador. Por tanto, el Centro Directivo plantea si dicha disposición de la legítima en favor de los ascendientes podría imputarse a la parte de libre disposición con respecto a los derechos de los legitimarios, que en este caso son los del cónyuge viudo.

Partiendo de la DT 12ª CC, solamente puede reducir el *quantum* de la legítima del testamento en la medida en que su mantenimiento obstaculice poder otorgar a quienes son herederos forzosos en base a la nueva ley. En cuanto esto sea respetado deberá ajustarse la disposición testamentaria interpretada conforme a la legislación vigente al tiempo del otorgamiento (DT 2ª CC y principio de *favor testamenti*). Es por ello, que el Centro Directivo y del tenor literal de la disposición testamentaria por la que el causante legaba a los ascendientes, deduce que la inserción de esta cláusula y su redacción es indicio de que lo que el testador quiso era dejar reducido al mínimo legal posible en respuesta únicamente a un mandato de la LDCFPV que amparaba la legítima de los progenitores y no a un deseo propio de legar a sus padres: “*la voluntad del testador se forma con arreglo al contexto legislativo vigente en dicho momento, por lo que deducir que hubiera atribuido la mitad de los bienes de su herencia a sus padres de no haber existido esa legítima es difícilmente justificable*”. Además, sostiene que esta te-

sis es corroborada por el hecho de haber atribuido mediante legado y no a título de herencia, sobre bienes concretos o por cuotas determinadas.

En definitiva, concluye que puesto que la ley vasca no reconoce a favor de los ascendientes derecho legitimario alguno, el legado se encuentra vacío de contenido y, por ende, queda extinto sin dar lugar a la imputación de la legítima sobre la parte de libre disposición, en interpretación literal de la disposición.

MAGALLÓN ELÓSEGUI es crítica con esta interpretación por parte de la DGRN por varios motivos. En primer lugar, opina que del tenor literal de la DT 12ª CC se deduce que solamente habrá de reducirse la cuantía de la legítima reconocida en testamento en la medida en que su mantenimiento impida otorgar a los herederos forzosos según la nueva ley y que en lo demás habrá de respetarse la disposición testamentaria, interpretada e integrada conforme a la legislación vigente al tiempo del otorgamiento. Partiendo de este punto será posible pasar a interpretar cuál era la voluntad del testador en aquel momento, si excluir a los padres o no. También mantiene que esta imputación de la porción vacante al heredero debe ser motivada y justificada con elementos extrínsecos, con la debida cautela y aunque no se les haya hecho referencia⁴⁶ y no solo en base a dicha disposición ya que, de lo contrario, el intérprete estaría creando una disposición *nueva* (de revocación del legado), lo cual le *“está taxativamente vetado, pues la construcción o recreación por el intérprete de lo que el testador quiso o hubiera podido no querer, no cohonesta con la naturaleza del testamento como acto que requiere de estrictas solemnidades”*⁴⁷.

⁴⁶ Como afirman las SSTs de 29 de enero de 1985 y 26 de abril de 1997, la principal finalidad de la interpretación del testamento es investigar la voluntad real o al menos probable del testador, atendiendo incluso a circunstancias exteriores al testamento, donde se admite la prueba extrínseca.

⁴⁷ CASTELLANOS CÁMARA, Sandra. Reflexiones sobre... *op. cit.*, p. 276.

C. Resolución de 5 de julio de 2018:

En su último testamento en 2008 la causante había legado a sus dos hijas lo que por legítima estricta les correspondía e instituyó herederos a sus dos hijos en tres doceavas partes a cada uno, y a sus dos nietas en dos doceavas partes a cada una de ellas. Es decir, existían dos cláusulas, una primera en la que deja a sus dos hijas la legítima estricta y una segunda cláusula mediante la cual instituye herederos en diez doceavas partes de la herencia a otros dos hijos y dos nietas. Por tanto, la herencia queda vacante en dos doceavas partes respecto de las cuales en un principio debería abrirse la sucesión intestada. En la escritura de partición de herencia concurren los cuatro declarados herederos, los dos hijos y las dos nietas llamadas, pero no comparecieron las dos hijas a los que la testadora había legado la legítima estricta. Con estos hechos, la escritura de aceptación y partición de la herencia fue suspendida a instancia del registrador ya que entendía que la comparecencia de las legitimarias era imprescindible.

El registrador consideraba que la lectura integrada de las dos cláusulas anteriormente presentadas podría llevar a dos interpretaciones diferentes acerca de la voluntad del testador. Por un lado, se podría entender que la causante quisiera dejar esas dos doceavas partes de la herencia vacantes y abrir sucesión intestada sobre ellas, dejando a las legitimarias lo que por legítima estricta les correspondía, opción que el registrador califica como “*absurda*”, ya que no es probable que la voluntad de un testador fuese la de abrir su sucesión intestada sobre esa parte vacante, salvo que así lo expresara claramente. Por otro lado, la opción por la que aboga el registrador, es interpretar que la voluntad de la causante era que las legitimarias recibieran esas dos doceavas partes respecto de las cuales el testador no había hecho institución como su legítima estricta pues su ánimo era que en esas participaciones sucedieran esas dos legitimarias. La notaria recurre sosteniendo que la indudable voluntad de la testadora era dejar a sus dos hijas lo

mínimo posible y que por tanto, su alusión en el testamento obedece a un imperativo legal impuesto por la ley LDCFPV, que en caso de no existir hubiera llevado a la causante a no haberlas mencionado en el testamento.

Finalmente, el Centro Directivo resuelve que si bien a tenor de lo dispuesto en otras resoluciones habría que considerar apartadas de la sucesión a las dos hijas, se entiende que la casuística de este caso es diferente ya que la testadora no ha realizado la institución de heredero sobre la totalidad de la herencia sino que ha dejado dos doceavas partes vacantes. Por tanto, en este supuesto consiste en dilucidar si se trata de un legado de legítima o un apartamiento tácito. Por ello, el registrador fundamenta la exigencia de la comparecencia de las legitimarias en que, el hecho de haber instituido herederos a dos de los hijos y a dos nietas en solo diez doceavas partes, es porque su voluntad era que en las otras dos doceavas partes sucedieran las legitimarias por ser esas dos doceavas partes iguales a lo que por legítima les corresponde. Por consiguiente, descarta la posibilidad de interpretar que esa parte vacante acreciera a los instituidos herederos, pues, de haberlo querido así, los hubiera instituido en el cien por ciento y no solo en diez doceavas partes. En definitiva, el Centro Directivo estima que la voluntad de la testadora era que en esas dos partes indivisas restantes sucediesen las legatarias de legítima, por ser esas partes iguales a lo que por legítima les corresponde, y no que acrecieran a los instituidos herederos.

D. Resolución de 20 de diciembre de 2018:

En este caso, el causante otorgó su último testamento en el año 2001. En el mismo, por un lado legó a su hija lo que por legítima estricta le correspondía facultándola para tomar por sí misma posesión de su legado y sustituyéndola vulgarmente por sus descendientes. Por otro lado, instituyó como heredero único y universal de todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones a su hijo, a quien sustituía vulgarmente por su hermana, y en su defecto, por los descendientes de la misma. El heredero

fue declarado incapaz y una familiar asumió su tutela. Así, la escritura fue otorgada por la tutora del instituido heredero, sin la intervención de la legataria de legítima estricta. La registradora de la propiedad decidió suspender la inscripción de la herencia solicitada ya que entendía que era necesaria la intervención de la hermana legitimaria en la partición de la herencia, aunque a ella solo le fuese otorgada la legítima estricta. Por el contrario, la notaria aducía que en base a la Ley 5/2015 no era obligatorio que la legitimaria concurriera ya que la LDCV no contempla el concepto de legítima estricta.

El registrador opina que *“considerar apartado al legitimario a quien se le ha atribuido la legítima estricta, es reinterpretar y alterar la voluntad del testador”*. En efecto, si la causante realmente hubiera querido apartar a alguno de sus descendientes podría haber cambiado la redacción del testamento con la legislación vigente. Por tanto, la falta de prestación del consentimiento de la legitimaria a las operaciones que se realizaron era un defecto que impedía la inscripción.

Contra esta nota de calificación la Notaria alega, con base a la resolución de la DGRN de 12 de julio de 2017, que siendo ella quien autorizó el testamento del causante afirma que la voluntad del testador era indudablemente instituir heredero universal a su hijo incapaz y dejar a su hija el menor contenido de derechos posible por imperativo legal, es decir, la legítima estricta. Reiterando estos mismos fundamentos, también lo acuerda así el Centro Directivo. En base al artículo 9.8 del CC y de una interpretación literal y lógica de la disposición testamentaria *“lo que por legítima estricta le corresponda”*, entiende que parece claro que se quiere reducir al hijo a lo mínimo que por ley le pueda corresponder. Como la norma vasca no atribuye derecho mínimo alguno al descendiente que no haya sido llamado en cuantía cierta y determinada, lo que ocurre en este caso en el que se le reduce a lo mínimo que por ley le corresponda, y concluye que, *“habiendo sido reducido uno de los descendientes a la legítima*

estricta que por ley le corresponda, y no habiéndola conforme la nueva legislación vasca, se debe entender apartado de la herencia”.

E. Resolución de 19 de diciembre de 2019

En el presente caso, en su testamento la causante dispuso por un lado, que legaba a su hijo lo que por legítima le correspondía. No obstante, no se limita a ello sino que hace un llamamiento a circunstancias extrínsecas al testamento, al justificar esta decisión en la situación económica del legatario. Por otro lado, instituye heredero a su nieto y a los demás que pudiera tener a su fallecimiento por partes iguales. Comparecieron el hijo en su propio nombre y la madre de los herederos menores en ejercicio de la patria potestad, realizándose adjudicaciones a los tres por valor de una tercera parte de la herencia a cada uno de ellos, al hijo por su tercio de legítima y a los nietos en el resto como herederos. A la hora de inscribir la escritura, la registradora la suspendió señalando como defecto que, al suponer la adjudicación en favor del padre, una renuncia a los derechos hereditarios de los menores de edad, es preciso la autorización judicial. Así pues, ante esta calificación negativa el notario interpuso el recurso correspondiente.

El registrador defiende analizar la voluntad de la causante tras la cláusula de legado de legítima estricta en la que justificaba el llamamiento por causas extrínsecas al testamento, fundamentadas en la situación económica del legatario. Tanto la propia DGRN (Resolución de 16 de mayo de 2018) como el Tribunal Supremo han hecho aplicación en numerosas ocasiones de la prueba extrínseca. En este caso resulta indudable que debe tenerse en cuenta el factor extrínseco de la situación económica del hijo, ya que para la testadora parece que fue determinante a la hora de ordenar su sucesión. En este punto el registrador alega, que la fallecida tuvo casi dos años para modificar el testamento, por lo que si su intención hubiese sido apartar a su hijo lo podría haber hecho con la entrada en vigor de la LDCV.

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

Así pues, ante la calificación negativa de la registradora anterior que fundamentaba que la adjudicación en favor del padre suponía una renuncia a los derechos hereditarios de los menores de edad y que por lo tanto era preciso la autorización judicial, el Centro Directivo clarifica por un lado, que la renuncia de derechos hereditarios debe ser expresa, lo que no se ha dado en este supuesto. Por otro lado, argumenta que *“la decisión de no iniciar un incierto litigio para sostener un apartamiento también incierto, no supone una renuncia de derechos sino una actuación ponderada de la representante de los menores, para la cual está facultada”*.

En definitiva, el Centro Directivo concluye estimando el recurso interpuesto y revocando la calificación anterior. Es decir, interpreta las palabras y la voluntad de la testadora en el sentido de dejar a su hijo la legítima estricta, coincidiendo con el tercio que en la Ley Vasca y que en el resto del caudal, dos tercios heredarían sus nietos.

2. Reconstrucción doctrinal

Tras esta agrupación de algunas elocuentes resoluciones de Centro Directivo de la DGRN ha sido posible observar el sentido en el que han sido resueltos supuestos controvertidos de distinta índole, si bien en base a las mismas reglas. Todos los supuestos presentan un denominador común: el testamento se otorgó atendiendo a la regulación de la legítima de Derecho Civil común, mientras que el fallecimiento acaeció estando vigente la LDCV. Asimismo, todas presentan alguna cláusula en cuanto a la legítima que debido a su redacción genera problemas de interpretación de la voluntad del testador y de aplicación de la ley, por lo que es necesario indagar si el testador incluyó dicha cláusula por un imperativo legal o si realmente quería que los legitimarios adquirieran lo mínimo posible. A pesar de la casuística concreta de cada caso, que genera consecuencias propias y únicas, la DGRN ha mantenido una tendencia

cuidando ciertos criterios de fondo y normas de interpretación que se enumeran a continuación:

1. El principio de independencia rige el ejercicio de la competencia calificadora del registrador, por lo que éste no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación ni tampoco por la calificación efectuada sobre el mismo título por otro registrador aunque este haya sido inscrito. Es decir, la nueva presentación supone el inicio “*ex novo*” de todo el procedimiento registral. Es por ello que el hecho de que existan resoluciones dispares no quiebra la seguridad jurídica.
2. La sucesión se ordena por la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento, si bien el testamento otorgado bajo la vigencia de la vecindad civil continúa siendo válido y surte efectos, se deben ajustar las legítimas al sistema legitimario de la LDCV, cuando fuere necesario.
3. Se atiende al principio fundamental del “*favor testamenti*”, principio por el cual las disposiciones testamentarias deben conservarse siempre y cuando no contradigan las normas legales. Se debe tratar de mantener el acto con validez antes que anularlo.
4. Las disposiciones testamentarias deben interpretarse atendiendo al momento de su otorgamiento, no al tiempo del fallecimiento.
5. Habiendo sido reducido el descendiente a lo que por legítima estricta le corresponda y no habiéndola conforme la

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

nueva legislación vasca, se debe entender apartado de la herencia, salvo cuando de la interpretación del testamento se infiera lo contrario.

6. Igualmente, al haber sido eliminada la legítima en favor de los ascendientes en la LDCV, esta no se reputará, salvo si de su interpretación fuese posible imputarlo a la parte de libre disposición con respeto a los derechos de los legitimarios.
7. Todo lo anterior queda supeditado al centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad, que radica en la respeto a la voluntad real del testador (STS 7 de noviembre de 2008, nº 1042/2008); es decir, el sentido espiritualista de las disposiciones, que se erige en ley de la sucesión, conforme a los arts. 658 y 675 CC [STSS de 22 de junio de 2010 (nº327/2010, de 12 de febrero de 2002 (nº 124/2002)]. Por tanto, se debe atender a la literalidad de las palabras empleadas en el testamento, si bien esta puede ser matizada por elementos lógicos, teleológicos y sistemáticos que conforman la voluntad real del testador. En este sentido, un límite que no puede sobrepasarse es extender la voluntad del causante más allá de la literalidad de la cláusula testamentaria con la creación de nuevas disposiciones no formuladas por el mismo.
8. Se sostiene que la condición de heredero tiene una *vis atractiva* sobre posibles legados vacantes en base al art. 888 del Código Civil.
9. Para calificar la escritura de partición de herencia sólo se tiene en cuenta la escritura particional y el testamento de la causante. Es decir, no se atienden a conversaciones privadas con

el testador, sus descendientes, etc., algo que en un juicio declarativo sí podría tenerse en cuenta para conocer cuál fue la voluntad real de la causante. No obstante, es preciso atender a los elementos extrínsecos cuando así se prevea en el testamento.

V. CARÁCTER DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN: SAP DE GIPUZKOA, DE 13 DE MAYO, N° 539/2019

Esta sentencia resuelve el supuesto de un hombre que legó a sus cinco hijos lo que por legítima les correspondía, instituyendo y nombrando como su único y universal heredero a su nieto y facultándolo para que abonara en metálico el haber de sus legitimarios. No obstante, el heredero, desatendiendo la voluntad del testador y alegando que en el momento de otorgar el testamento el mismo tenía la voluntad de preterir a sus cinco hijos, se adjudicó en exclusiva el pleno dominio de lo inventariado en base a la cláusula que decía *“corresponde íntegramente al nieto y heredero D. Bernardo según lo dispuesto por el testador en su relacionada disposición testamentaria y de acuerdo a los artículos 48 y 49 de la Ley 5/2015 de 25 de junio y Resoluciones DGRN de 12 de junio y 12 de julio de 2017”*.

La parte actora alegó que para valorar la voluntad de preterir hay que tener en cuenta el momento de otorgar el testamento y no el fallecimiento, ajustando las legítimas a lo establecido en la LDCV. La parte demandada, el nieto, se opuso a tal recurso alegando que la entrada en vigor de la LDCV supone que los legitimarios lo eran en una cuota indeterminada y que al haber desaparecido la legítima estricta *per se* en LDCV, basta con que existiera una legítima amplia global, que en este caso ya se había cumplido (art 48.2 LDCV y RDGRN de 12 de julio de 2017). Además, aduce que interpretar que el causante quería ejecutar la legítima estricta a favor de sus hijos contradice su voluntad de nombrar heredero único a

su nieto. El juzgado de primera instancia estimó la demanda a la que el nieto recurrió en apelación. Finalmente, la Audiencia Provincial confirmó la resolución de primera instancia y desestimó el recurso interpuesto por la parte demandada, por entender que la escritura de manifestación y aceptación en la cual se adjudicó en exclusiva la vivienda del causante que integra el caudal hereditario, sin intervención de los legatarios legítimos y sin respetar los legados dispuestos en el testamento del causante, es nula por contravenir las disposiciones testamentarias y por haberse otorgado sin el consentimiento los legitimarios.

Esta sentencia es interesante por dos motivos. Por un lado, porque su fallo contradice la tendencia general de la DGRN de entender apartado al descendiente cuando este ha sido reducido a la legítima. Por otro lado, es significativo el breve inciso que hace al recordar que las resoluciones de la DGRN carecen de fuerza vinculante, carácter propio de la doctrina jurisprudencial: “*En cuanto a ello debemos recordar que las resoluciones de la DGRN carecen de la fuerza vinculante propia de la doctrina jurisprudencial*”. Al hilo de esto mismo y como recuerda URRUTIA BADIOLA en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Bilbao nº 2 (resolución de la DGRN de 4 de julio de 2019), cabe señalar que al no tener la CAV una regulación propia en los recursos contra las calificaciones de los registradores, como sucede en otras CCAA, la DGRN es competente para resolver los recursos planteados, sin perjuicio de que sean en última instancia los Tribunales de la CAV los que se pronuncien sobre el asunto, ya que las resoluciones de la Dirección General como todo acto administrativo son susceptibles de impugnación ante los Tribunales competentes⁴⁸.

Igualmente, es doctrina reiteradísima del Tribunal Supremo quienes se consideran intérpretes facultados para expresar el sentido y la voluntad querida por el testador, incidiendo en la “soberana” facultad de los Tribu-

⁴⁸ Resolución de 4 de julio de 2019, de la DGRN.

nales a tal efecto (STS 22 de junio de 2010, 14 de mayo de 1996, 30 de enero de 1997, 21 de enero de 2003, 18 de julio de 2005, entre otras). No solo la jurisprudencia, sino que la propia DGRN también confirma que la interpretación del testamento no es de su competencia sino que corresponde a los herederos, en su caso al albacea, o en su defecto a la autoridad judicial. (Resoluciones de 16 de mayo de 2018 y 27 de febrero de 2019, entre otras). Es decir, la interpretación del testamento en caso de colisión de decisión entre los herederos, y a falta de albacea, contador-partidor o cualquier figura designada por el testador para ello, corresponde, en particular, a los Tribunales de Instancia.

A pesar de ello, en los supuestos expuestos anteriormente la DGRN parece haberse excedido en el alcance de sus competencias asumiendo esta labor interpretativa, que ha resultado en ocasiones en resoluciones cierto controvertidas como puede ser la de 12 de junio del 2017. No obstante, este apunte y el hecho de que las resoluciones de la DGRN no constituyan fuente de derecho no implica que deba pasarse por alto el valor que estas resoluciones tienen para la doctrina jurídica.

VI. CONCLUSIONES

Finalmente, después de llevar a cabo este estudio sobre la aplicación temporal y la interpretación de la legítima y el apartamiento, tanto desde la teoría como desde un punto de vista práctico, es posible inferir ciertas conclusiones que se presentan a continuación:

PRIMERA.— Cabe resaltar el papel del legislador vasco a la hora de desarrollar una ley como la LDCV. Esta ley ha supuesto un importante hito para el Derecho Civil Vasco al instaurar *ex lege* una vecindad civil vasca. No solo eso, sino que en el derecho sucesorio ha producido una norma adecuada a los tiempos de la sociedad

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

vasca, combinando satisfactoriamente una configuración moderna, que asume la pertenencia a un marco jurídico europeo y que amplía notablemente la libertad de testar del causante con la fidelidad a las raíces y la tradición del Derecho Foral Vasco.

SEGUNDA.- En el ámbito sucesorio, la LDCV concede una mayor libertad para de planificar la sucesión al establecer una legítima reducida de un tercio del patrimonio con la facultad de libre elección entre sus legitimarios pudiendo elegir solamente a uno y apartar al resto. No obstante, como se ha podido observar la interpretación del artículo 9.8. CC aún a sigue generando divergencias, ya que, si bien existe uniformidad de criterio, la casuística es muy diversa.

TERCERA.- La redacción previa a la entrada en vigor de esta norma, en base al derecho anterior y a un sistema de legítimas tradicional puede producir colisiones de interpretación cuando el causante muere tras la entrada en vigor de una ley transformadora en este aspecto, al adquirirse automáticamente una vecindad civil foral nueva y al admitir un apartamiento tácito de la legítima de naturaleza colectiva, en la que no se había pensado cuando se otorgó el testamento. Por tanto, de cara a evitar cualquier tipo de disputa a la hora de abrir la sucesión resulta recomendable revisar los testamentos ya otorgados para evitar problemas de interpretación que podrían generar sus cláusulas, por la ley en base a la cual fueron redactadas, y en su caso adaptarlos a la verdadera voluntad del testador conforme a los intereses y situación familiar del momento.

CUARTA.- Como se desprende de la reconstrucción doctrinal expuesta anteriormente, es posible extraer ciertas conclusiones a la vista de la ley y de los casos estudiados para tomar en consideración como punto de partida de cara a futuros supuestos:

1. Las disposiciones testamentarias conforme a la legislación anterior son válidas, si bien las legítimas deben ajustarse a la LDCV que es la que rige la sucesión.
2. Las disposiciones testamentarias *deben interpretarse* atendiendo al momento de su otorgamiento, no al tiempo de su fallecimiento.
3. La voluntad del testador es la regla suprema de la sucesión, debiendo atenderse a la literalidad de las palabras y los elementos que conformen su voluntad real en la medida de lo posible.
4. No se debe considerar apartado a quien no lo fue, en contra de la voluntad del testador.
5. En todo el proceso de interpretación se deben aplicar los principios generales de seguridad jurídica, de certeza y previsibilidad de las disposiciones *mortis causa*, así como los de justicia y equidad.

QUINTA.– Como apunta la SAP de Gipuzkoa nº 539/2019, las resoluciones de la DGRN son un acto administrativo que carece de fuerza vinculante, y recurribles ante los Tribunales que son quienes ostentan en última instancia la soberana facultad interpretativa para expresar el sentido y la voluntad querida por el testador. A pesar de ello, no se debe ignorar el peso que estas resoluciones tienen a la hora de sentar doctrina, razón precisamente por la cual han sido estudiadas en el presente trabajo.

SEXTA.– La propia exposición de motivos lo señala y muchos autores recuerdan que la LDCV no agota todo el desarrollo competencial de Euskadi en el desarrollo de su derecho civil sino que “(...) *será paulatina-mente ampliado a nuevos campos por otras leyes que puedan ser dictadas por este*

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

Parlamento en función de las diferentes necesidades y las demandas sociales de cada momento (...). Por tanto, aun queda un amplio horizonte con grandes posibilidades para el legislador vasco, no solo en el ámbito sucesorio, sino también desde una visión civilista en general.

VII. REFERENCIAS

Bibliografía

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. “Una renovada dimensión de los conflictos internos: la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco y la interacción entre bloques normativos”. *Revista española de derecho internacional*, 2016, vol. 68, n° 2, p. 23-49.

CASTELLANOS CÁMARA, Sandra. “Reflexiones sobre el régimen transitorio de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”. *Jado: boletín de la AVD-ZEAren aldizkaria*, 2017, vol. 2018, n° 28, p. 235-288.

CELAYA IBARRA, Adrián. *Derecho Foral y Autonómico Vasco*. Tomo I. Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1984.

CELAYA IBARRA, Adrián. “Objetivos de una ley civil vasca”. *Jado: boletín de la AVD-ZEAren aldizkaria*, 2007, n° 4, p. 13-32.

CELAYA IBARRA, Adrián. “Conflictos de leyes civiles”. *Jado: boletín de la AVD-ZEAren aldizkaria*, 18, 2009, pp.7-20.

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos. 1978.

FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier, et al. “El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho Civil Vasco”. En: *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Eusko Legebiltzarra= Parlamento Vasco, 2016, pp. 423-454.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana. “Conflictos intertemporales en el Derecho Civil Vasco”. *Noticias Tresguerres*. 2017.

GRANADOS DE ASENSIO, Diego M^a. “Preterición de hijos sobrevenidos RDGRN 12/06/2017”, *Notariabierta*. 2017.

GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio. “Notas a la ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º. 4, 2016, pp. 303-320.

GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio. “La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Editorial Aranzadi, n.º. 5/ 2016, pp. 77-124.

IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja. “La actualización del Derecho civil vasco en el año 2015: una visión desde la práctica”. En: *Iura vasconiae*. Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, 2016, pp.323-340.

MANZARRAGA ZAMALLOA, Idoia. “Resumen de la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”. *Informazio Agerkaria, Boletín Informativo*, 2015.

MAGALLÓN ELÓSEGUI, Nerea. La vecindad civil y los conflictos inter temporales en la ley de Derecho civil vasco. *Cuadernos de derecho transnacional*, 2019, vol. 11, n.º 2, p. 253-269.

URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “Un nuevo espacio jurídico para el País Vasco”. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2015, n.º 64, p. 54-57.

URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a, et al. 2016. *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco: Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Madrid: Dykinson.

URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “Derecho Civil Foral Vasco: nuevas perspectivas”, *Jado: boletín de la AVD-ZE Aren aldizkaria*, extra 4, 2007, pp. 5-20.

Fuentes

A. Legislación

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889.

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

- Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco.
- Reglamento 650/2012 del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea, de 4 de julio, 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.
- Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

B. Doctrina y jurisprudencia

- Resolución de 6 de octubre de 2016, de la DGRN (BOE núm. 255 de 21/10/2016).
- Resolución de 12 de junio de 2017, de la DGRN (BOE núm. 159 de 5/07/2017).
- Resolución de 12 de julio de 2017, de la DGRN (BOE núm. 178 de 27/07/2017).
- Resolución de 16 de mayo de 2018, de la DGRN (BOE núm. 131 de 30/05/2018).
- Resolución de 5 de julio de 2018 , de la DGRN (BOE núm. 174 de 19/07/2018).
- Resolución de 20 de diciembre de 2018, de la DGRN (BOE núm. 24 de 28/01/2019).
- Resolución de 27 de febrero de 2019, de la DGRN (BOE núm. 73 de 23/03/2019).
- Resolución de 4 de julio de 2019 de la DGRN (BOE núm. 179 de 27/07/2019).
- Resolución de 19 de diciembre de 2019, de la DGRN (BOE núm. 63 de 12/03/2020).

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

- SAP Álava, de 14 de enero de 2004, nº 4/2004, Ref CENDOJ: 01059370012004100501.
- SAP Bizkaia, de 6 de julio de 2007, nº 501/2007. Ref CENDOJ: 48020370042007100372.
- SAP Bizkaia, de 18 de marzo de 2011, nº 194/2011, Ref CENDOJ: 48020370042011100283.
- SAP Bizkaia de 24 de julio de 2018, nº 521/2018. Ref CENDOJ: 48020370042018100360.
- SAP de Gipuzkoa, de 13 de mayo de 2019, nº 539/2019, Ref. CENDOJ: 01059370012004100501.
- STS de 13 de abril de 1984, nº1528/1984, Ref. CENDOJ: 28079110011984100558
- STS de 14 de mayo de 1996, nº 368/1996, Ref. CENDOJ: 28079110011996102089.
- STS de 30 de enero de 1997, nº 24/1996, Ref. CENDOJ: 28079110011997101272.
- STS del 26 de abril de 1997, nº 338/1997, Ref. CENDOJ: 28079110011997102444.
- STS de 12 de febrero de 2002, nº 124/2002, Ref. CENDOJ: 28079110012002101763.
- STS de 21 de enero de 2003, nº 13/2003, Ref. CENDOJ: 28079110012003101939.
- STS de 18 de julio de 2005, nº 629/2005, Ref. CENDOJ: 28079110012005100585.
- STS de 18 de septiembre del 2006, nº 895/2006, Ref. CENDOJ: 28079110012006100909.

Legítima y apartamiento: reglas de aplicación temporal y problemas que suscita su interpretación (tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio)

- STS del 31 de julio de 2007, nº 896/2007, Ref. CENDOJ: 28079110012007100952.
- STS de 7 de noviembre de 2008, nº 1042/2008, Ref. CENDOJ: 28079110012008100976.
- STS de 22 de junio de 2010, nº 327/2010, Ref. CENDOJ: 28079110012010100470 .
- STS de 16 de marzo del 2016, nº 161/2016, Ref. CENDOJ: 28079110012016100148.

Euskal Zuzenbide Zibileko oinordetza erakundeak gaitasun mugatua duen pertsonaren ikuspuntutik*

MIKEL ETXEBARRIA GUMUZIO

Deustuko Unibertsitateko Zuzenbideko graduduna
Graduado en Derecho por la Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 17/09/2018

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 18/07/2022

Laburpena: Ikerketa honen helburua pertsona fisikoaren jarduteko gaitasunaren eta Euskal Zuzenbide Zibilaren (aurrerantzean EZZ) arteko harremana ikertzea eta azaltzea da, bien arteko harremana uztartzeko asmoz. Hala ere, hautatutako bi kontzeptu edo gaiak zabalegiak direnez, lehenik eta behin lanaren edukiaren hurbileko behaketa zehaztu behar da. Alde batetik EZZ dugu, gaur egun lege berezian jasotzen dena nagusiki, eta horren barne hainbat gai aztertzen dira, hala nola, zuzenbide zibil propioaren izaera juridikoa, euskal ondarearen ulerkeria, oinordetzaren inguruko xedapenak eta berezitasunak, eta ezkontza ondasunen araubidea. Bestetik, gaitasunari dagokionez, gai guztiz zabala da, orokorrean Kode Zibilean (aurrerantzean KZ) jasotzen dena, non arlo pertsonala, jarduera eta erantzukizun legala, ondare arloa... aztertu daitekeen.

Gako-hitzak: gaitasuna; gaitasun mugatua; oinordetza; Euskal zuzenbide zibila.

*“Legelari gazteentzako Adrián Celaya saria”ren VI. Edizioan saritutako lana, Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiak 2021ean emana.

Las instituciones sucesorias del Derecho Civil Vasco desde la perspectiva de las personas con capacidad limitada

Resumen: El objetivo de esta investigación se centra en el estudio y análisis de la relación entre el Derecho Civil Vasco y la capacidad de obrar de las personas físicas, con el ánimo de compaginar ambas regulaciones. No obstante, la materia o conceptos mencionados son excesivamente amplios por lo que nos obliga a fijar una aproximación más cercana del contenido del trabajo. Por una parte, nos encontramos el Derecho Civil Vasco recogido en la Ley 5/2015, de 25 de junio, que regula numerosas materias como la naturaleza jurídica de un derecho civil propio, la concepción del patrimonio vasco, las especialidades y disposiciones sucesorias, y el régimen económico del matrimonio. Por otro lado, respecto a la capacidad, se trata de una materia muy amplia que, con carácter general, se regula en el Código Civil, donde se abordan materias relativas a la persona, el patrimonio, la actividad y la responsabilidad legal

Palabras clave: capacidad; capacidad limitada; sucesión; Derecho civil vasco.

The inheritance institutions of Basque Civil Law from the perspective of people with limited capacity

Abstract: The objective of this research focuses on the study and analysis of the relationship between Basque Civil Law and the capacity to act of natural persons, with the aim of combining both regulations. However, the matter or concepts mentioned are excessively broad, forcing us to establish a closer approximation of the content of the work. On the one hand, we find the Basque Civil Law contained in Law 5/2015, of June 25, which regulates numerous matters such as the legal nature of its own civil law, the conception of Basque heritage, the specialties and succession provisions, and the economic system of marriage. On the other hand, regarding capacity, it is a very broad matter that, in general, is regulated in the Civil Code, where matters related to the person, assets, activity and legal responsibility are addressed.

Key words: ability; limited capacity; succession; Basque civil law.

Euskal Zuzenbide Zibileko oinordetza erakundeak gaitasun mugatua duen pertsonaren ikuspuntutik

AURKIBIDEA: I. SARRERA: 1. Helburua eta justifikazioa; 2. Oinordetza zuzenbidearen alderaketa juridikoa: Zuzenbide erkidea eta Euskal Zuzenbide Zibila; 3. Gaitasun mugatuaren bilakaera ikuspuntu juridikotik. 8/2021 legearen eragina; II. EUSKAL ZUZENBIDE ZIBILEKO OINORDETZA ERAKUNDEEN AZTERKETA GAITASUN MUGATUA DUEN PERTSONAREN IKUSPUNTUTIK: 1. Testamentu bidezkoak: A) Testamentu mankomunatua; B) Komisario bidezko testamentua; C) Senipartea: Jaraunsle izendatzeko askatasuna: a) Onbidezko ordezpena; b) Fideikomiso bidezko ordezpena; c) Tronkalitatea Bizkaiko lur lauan, Laudion eta Aramaion; 2. Oinordetza itunak; III. FORU ZUZENBIDE DESBERDINETAKO OINORDETZA ERAKUNDE BEREZIEN ALDERAKETA; IV. OINORDETZA ERAKUNDEEN ETA GAITASUN MUGATUA DUTEN PERTSONEN IKUSPUNTU FISKALA BIZKAIKO LURRALDE HISTORIKOAN; V. ONDORIOAK; VI. BIBLIOGRAFIA ETA BESTELAKO MATERIALAK.

LABURDURAK

AAO	Aragoiko Aldizkari Ofiziala
art.	Artikulua
AZFK	Aragoiko Zuzenbide Foralaren Kodea
EAO	Estatuko Aldizkari Ofiziala
EAE	Euskal Autonomia Erkidegoa
EHAA	Euskal Herriko Agintaritzak Aldizkaria
EK	Espainiako Konstituzioa
EZZ	Euskal Zuzenbide Zibila
GAO	Galiziako Aldizkari Ofiziala
KAO	Kataluniako Aldizkari Ofiziala
KZ	Kode Zibila
KKZ	Kataluniako Kode Zibila
ODZ	Oinordetza eta Dohaintzen Zerga
or.	Orrialdea
zkia.	Zenbakia

I. SARRERA

1. Helburua eta justifikazioa

Ikerketa honen helburua pertsona fisikoaren jarduteko gaitasunaren eta Euskal Zuzenbide Zibilaren (aurrerantzean EZZ) arteko harremana ikertzea eta azaltzea da, bien arteko harremana uztartzeko asmoz. Hala ere, hautatutako bi kontzeptu edo gaiak zabalegiak direnez, lehenik eta behin lanaren edukiaren hurbileko behaketa zehaztu behar da. Alde batetik EZZ dugu, gaur egun lege berezian¹ jasotzen dena nagusiki, eta horren barne hainbat gai azertzen dira, hala nola, zuzenbide zibil propioaren izaera juridikoa, euskal ondarearen ulerkera, oinordetzaren inguruko xedapenak eta berezitasunak, eta ezkontza ondasunen araubidea. Bestetik, gaitasunari dagokionez, gai guztiz zabala da, orokorrean Kode Zibilean² (aurrerantzean KZ) jasotzen dena, non arlo pertsonala, jarduera eta erantzukizun legala, ondare arloa... azertu daitekeen.

Beraz, ikerketa proiektu honetan hurrengo gaia hartuko da kontuan: EZZren oinordetza erakundeen azterketa gaitasun mugatua duen pertsonaren ikuspuntutik; gizatalde honen jarduteko eskubidearen bilakaera kontuan hartuz. Gai honen hautaketaren arrazoia arlo biek duten gizarte garrantzia da, kontuan hartuta Bizkaiko Lurralde Historikoan epai bidez adierazitako gaitasun mugatua duten sei mila³ pertsona baino gehiago bizi direla, gizatalde zaugarri nabarmena suposatuz. Gainera gaitasun mugatua duten pertsonen eskubideen babesa pil-pilean dagoen gaia da, aurrerago

¹ 5/2015 legea, ekainaren 25ekoa. Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa. EHAA 124 zk. 2015eko uztailaren 3koa.

² Kode Zibila argitaratzeko Errege Dekretua. *Gaceta de Madrid*, 1889ko uztailaren 27koa, 206 zkia.

³ GORABIDE: Adimen desgaitasuna duten pertsonen aldeko elkarte bizkaitarra. *Adimen desgaitasuna zifretan*. Bilbo: 2019.

azalduko den Espainiako Gorte Nagusietan onartu berria izan den legea dela eta, legedi zibila eta prozesala aldatzen duena pertsona ezgaituek haien gaitasun juridikoa gauzatzen laguntzeko⁴. Oinordetza eta gaitasun mugatuaren egoera gizartean hainbeste goratzen den familia kutsuarekin dute harremana, zentzu batean ulertu daitekeelako lehenengo kontzeptuaren bidez bigarren babestu daitekeela. Gainera oinordetza gizabanako guztion eskubidea da, eta gaitasun mugatua duen pertsona hortik baztertea ordenamendu juridikoak babesten dituen balore eta bertuteen aurka doa era zuzenean. Beraz, arlo bien harremana behatzea eta azaltzea nahitaezkoa izango litzateke bai ikuspuntu juridikotik bai gizarte ikuspuntutik.

Ikerketa burutzeko lehenik eta behin uztartutako kontzeptuak iker-tuko dira, haien ezaugarri eta bilakaera azaltzeko helburuarekin. Ondoren EZZren legeriak arautzen dituen testamentugilearen borondatean oinarritutako oinordetza erakundeak banan-banan aztertuko dira, gaitasun mugatua duten pertsonen inguruko arauketaren eragina behatuz, Erakundeen banakako azterketa horretatik abiatuz, zuzenbide zibil berezia duten bestelako lurraldeetan arautzen diren erakunde berezieki-ko alderaketa burutuko da, ordenamendu juridiko bakoitzaren ezaugarri nagusiak nabarmenduz. Azkenik harreman horretatik eratorritako oinordetzari buruzko fiskalitatea azalduko da, Bizkaiko arau fiskalaren ikuspuntutik. Lanaren metodologia orokorra ikerketa normatiboan oinarrituko da, non araudi, legeri eta doktrina korronte desberdinak aztertuko diren gaitasun mugatuaren egoera eta oinordetza ikertzeko eta azaltzeko. Hala ere, metodologiak ikuspegi praktikoa ere hartuko du kontuan, gaiak erlazionatuko baitira, batak bestean duen eragina adieraziz eta honek suposatzen dituen ondorio juridikoak planteatuz.

⁴ 8/2021 Legea, 2021eko ekainaren 2koa, legedi zibila eta prozesala aldatzen duena pertsona ezgaituek haien gaitasun juridikoa gauzatzen laguntzeko. EAO, 2021eko ekainaren 3koa, 132 zkia.

Ikerketako arloen behaketarekin hasi baino lehen, lanaren helburua eta justifikazioa borobiltzeko hurrengo aipamenak edo ñabardurak adierazi behar dira: Jadanik zehaztu den bezala, ikerketa honen muina ez da gaitasun mugatua duen pertsonaren aspektu pertsonala izango; beraz honen inguruko ñabardurarik egin arren, arlo pertsonalari begira bideratutako babes erakunde eta protokoloak hautatutako gaitik at geratuko dira, gaia oinordetzan ardaztuz. Oinordetza erakundeak behatzean, EZZean arautzen diren kausatzailearen borondatean oinarritutakoak hartuko dira kontuan; era berean gaitasun mugatuaren egoera aztertuz, hau kausatzailea eta oinordekoa izango balitz. Beraz ulertzen da miaketaren helburua, oinordetza arloan gurasoek edo tutoreek gaitasun mugatua duen oinordekoaren alde egiteko duten aukerak, edota gaitasun mugatua duen pertsonak bere oinordetza erabakitzeko eta zehazteko dituen aukerak aztertzea dela; kasuan-kasu dagokion ikuspuntua gailenduz. Honen harira, ikerketan zehar azken urteetan gaitasun mugatua duten pertsonen inguruko legeri aldaketa joera aurrerakoa islatuko da, erregulazio eta praktiken bilakaera azalduz. Hau da, gizatalde honetako pertsonen babesarekin batera hauen jarduera autonomia bilatu da, batez ere haien jarduteko gaitasunari begira, pertsonaren duintasuna ahalik eta era osoenean mantentzeko asmoz.

2. Oinordetza zuzenbidearen alderaketa juridikoa: Zuzenbide erkidea eta Euskal Zuzenbide Zibila

Behin gaia aurkeztuta, honen oinarri diren kontzeptuen jarraipen eta behaketari ekin beharko litzateke, oinordetzaren ulerkerarekin hasiz. Oinordetza zuzenbidea, Zuzenbide pribatuko adarra da, pertsona baten heriotzaren ondorioz sortzen den ondare egoera juridikoa arautzen duena. Oinordetzaren bitartez, subjektu bat beste subjektu baten lekuan jartzen da, azken horrek zituen harreman juridikoen alderdi aktiboan zein pasiboan. Oinordetza gertatzeko baldintzak oso desberdinak dira, eta antolamendu juridikoaren arabera, oinordetza baliozkoa eta eragingarria

izateko betekizunak ugariak dira. Jarraiki oinordetzaren bi erregulazio alderatuko dira, zuzenbide erkidea eta EZZ.

Espainiako ordenamendu juridikoan oinordetzaren oinarri juridikoa Espainiako Konstituzioan (aurrerantzean EK) jasotzen da⁵; baina honek oinordetza bermatu arren esangura bikoitza du, alde batetik jarauntsia babesten du erakunde eta norbanakoen eskubide berezi gisa, baina bestetik ulertu daiteke ez dagoela jarauntsirako oinarritzko eskubiderik. Xedapen honetatik abiatuz oinordetza KZ arautzen da, hirugarren liburuko hirugarren tituluan hain zuzen ere. Oinordetza *inter vivos* burutzeko aukera egon arren, orokorrean oinordetzaren izaera *mortis causa* da, aurretiaz aipatu den moduan kausatzailearen heriotzaren ostean sortzen den egoera juridikoa baita. Oinordetza fenomeno zeharo konplexua da, hortaz honen motaren kalifikazioa egiteko, bi ikuspuntu izan behar dira kontuan, titulua unibertsala edo partikularra den, eta oinordetza testamentu bidezkoa edo *ab intestato* den.

Historian zehar Euskal Autonomia Erkidegoko (aurrerantzean EAE) lurralde historikoek euren zuzenbide propioa izan eta garatu dute, mendeetan zehar gauzatutako usadio eta praktikak direla eta, foruak hain zuzen ere. Gaian zentratuz, nahikoa da azaltzea euskal foruen behe jotzea, MONREAL ZIAREN esanetan, 1876. urtean eman zela⁶ III. Guda Karlisten amaierarekin bat, baina eskubide gutxi batzuk gaur egunera arte eutsi dira, fiskalitatea eta zuzenbide zibilaren berezitasunak besteak beste. Aro demokratikoa aztertuz, EZZren oinarri juridikoak bi dira; alde batetik EKren 149.1.8. artikulua, non lurralde forudunen legedi zibilaren garapena eta aplikazioa baimentzen den, eta bestetik EAEko Autonomia

⁵ Espainiako Konstituzioa. EAO, 1978ko abenduaren 29koa, 311 zkia.33.art.

⁶ MONREAL ZIA, G. "Foruak ezeztatzeke 1876ko uztailearen 21eko Legea (aurrekariak eta Kongresuan izaniko izapidetzea)". *Revista Iura Vasconiae*, 2013ko abendua, 10/2013 zkia., 39-192 or.

Estatutuaren⁷ 10.5.artikulua, non lurralde historikoen zuzenbide zibil foralaren kontserbazioa, aldatzea, bilakaera eta finkapena onartzen den.

Gaur egun indarrean dagoen araua EZZri buruzko 5/2015 legea da, alde batetik tradiziozko eta ohiturazko zuzenbidearen legatua bizirik mantentzen duena eta bestetik begirada gaurko munduan eta egungo Euskal Herrian jartzen duena, non hirugarren eta bigarren sektoreek pisu handia duten, zuzenbide honen jatorrizko formulazioak erantzuten zion landa gizartetik gero eta gehiago aldentuz. Era berean lege honek, beste ordenamendu juridikoak hartzen ditu kontuan interpretazioari eta ordeztari begira, KZ eta Europar Batasuneko erregelamenduak besteak beste.

Legearen atariko tituluan jasotzen dira EZZaren iturriak, lege honen xedapenak, lurraldeko ohiturak eta zuzenbide hori eratzen duten printzipio orokorrak, hain zuzen ere; Euskal Herriko organo judizialek sortutako jurisprudenziaz baliatuz interpretazioari begira. Era berean legeak tradiziozkoa den askatasun zibilaren printzipioa ahalbidetzen du, betiere interes edo ordena publikoaren aurkakoa ez bada eta hirugarrenari kalterik egiten ez badio; eta historikoki EZZren printzipio eratzailak izan direnak jasotzen ditu, solidaritatea, jabetzaren funtzio soziala, pertsona, eta hizkuntza koofizialak besteak beste. Aurreko legeriekin alderatuz, arau honen berezitasuna lurralde aplikazio eremua da, EAEko lurralde osora zabaltzen baita, salbu eta manu zehatzen bat lurralde jakin batera biltzen bada; printzipio bera jarraituz auzotasun zibilari begira.

Amaitzeko, eta oinordetzan zentratuz, arlo hau legeko II. tituluan arautzen da, historikoki aplikatu izan diren ohiturazko arauak nahiz idatzizkoak barneratuz; hurrengo atalean aztertuko dena, bertan adieraziz berezitasun nabarmenenak zuzenbide erkidearekin alderatuz.

⁷ 3/1979 Lege Organikoa abenduaren 18koa, Euskal Autonomia Erkidegoko autonomia estatutuari buruzkoa. EAO, 1979ko abenduaren 22koa, 306 zkia.

3. Gaitasun mugatuaren bilakaera ikuspuntu juridikotik. 8/2021 legearen eragina

Jadanik oinordetzaren araudia eta aniztasun juridikoa aztertuta, gaitasunaren mugatzea azaltzeko unea da. Espainiako ordenamendu juridikoaren kronologian ardatzuz, behatu beharreko lehen araua KZ da, hemen jaso izan baitira gaitasun mugatuari buruzko lehen manuak, XIX. mendean hain zuzen ere. Honen arabera, pertsona fisikoek pertsona izateagatik gaitasun eta nortasun juridikoa izango dute; hau da, pertsona izateagatik denok izango dute eskubide eta betebeharrak desberdinen titularrak izateko gaitasuna, harreman juridikoen subjektu izanik. Gaitasunaren hasiera jaiotzarekin batera emoten da, jaiotza legeak araututako manuetan burutzen bada⁸, eta amaiera pertsona hiltzean gertatzen da, amaiera horrek pertsona horren titulartasunaren menpeko harreman juridiko gehienak azkenduz.

Esan bezala, gaitasun juridikoaren bidez, pertsonak hainbat eskubide eta betebeharren, eta honen harreman eratorrien titularra izan daiteke, baina eskubide eta betebeharrak egikaritzeko pertsonak ahalmena izan behar du, jarduteko gaitasuna hain zuzen ere. Legeak jarduteko gaitasuna eskuratzeko irizpide objektiboak jasotzen ditu, nabarmenena adin nagusitasuna izanik, baina jarduteko gaitasuna mugatu daiteke pertsonaren inguruabarrak direla eta. Beraz adin nagusitasuna lortuta ere, pertsonaren egoera naturala aztertuz gero gaitasunaren mugaren bat behatzen bada, honen jarduteko gaitasuna mugatzeko aukera egongo litzateke.

Gaitasun mugatua zehazteko arrazoiak legean⁹ jasotzen dira, non hasiera batean gaixotasun edo kausa zehatzak zerrendatzen ziren, baina

⁸ Kode Zibila argitaratzeko Errege Dekretua. *Gaceta de Madrid*, 1889ko uztailearen 27koa, 206 zkia. 29-30.art.

⁹ Kode Zibila argitaratzeko Errege Dekretua. *Gaceta de Madrid*, 1889ko uztailearen 27koa, 206 zkia. 200.art.

1983.urteko erreformaren¹⁰ ostean, ezgaitzeko arrazoiak izaera iraunkorreko gaixotasun edo akats psikikoak edo fisikoak dira, norberaren burua gobernatzeko ahalmena oztopatzen dutenak hain zuzen ere. 1983.urteko erreformatik hona, gaitasuna mugatzeko epai irmoa beharrezkoa da, eskubide mugapenaren berme nagusia izanik, non ezgaitasunaren nondik norakoak, honetatik eratorritako debekuak eta pertsonari dagokion babesa zehazten den, babesa hainbat erakunde bidezkoa izanik, tutoretza, kuradoretza, defendatzaile judiziala¹¹...

Hots, aztertutako lehen arau honetatik gaitasun mugatua duen pertsonari buruzko dikotomia bat ondorioztatu daiteke; alde batetik KZren helburua pertsonaren egoera pertsonala eta ondare egoera babestea da, kasuan kasuko babes erakundearen bitartez, baina bestetik, babes horrek gizatalde horren baztertzea suposatzen du, honen eskubideak ez dituelako kontuan hartzen, eta ez duelako gaitasun mugatuko pertsonen gizarteratze orokorra sustatzen.

1978.urteko Konstituzioak Espainiako estatuan ezarri zuen zuzenbideko estatu sozialaren ondorioz, gaitasun mugatua zuten pertsonen egoerak aldaketa batzuk jasan zituen, batez ere EK_n xedatzen diren hiru manuren bitartez¹²; manu horien arabera pertsonaren duintasuna, hari dagozkion eskubide ukiezinak, nortasunaren hazkunde librea, lege begirunea eta besteeikiko eskubideak, ordenu politikoa eta giza bakearen oinarriak dira. Era berean espainiar naziokotasuna duten pertsonak legearen arabera berdina direla aldarrikatzen da, jaiotze, sexu, erlijio edo beste baldintza edo egoera pertsonal edo sozialagatik eratorritako bekaizkeria debeka-

¹⁰ 13/1983 Legea, urriaren 24koa, Kode Zibilaren erreformari buruzkoa tutoretza arloan. EAO, 1983ko urriaren 26koa, 256 zkia.

¹¹ Kode Zibila argitaratzeko Errege Dekretua. Gaceta de Madrid, 1889ko uztailaren 27koa, 206 zkia.. I. Liburua, X. Titulua .

¹² Espainiako Konstituzioa. EAO, 1978ko abenduaren 29koa, 311 zkia. 10,14,49.art.

tuz. Azkenik gaitasun mugatua duten pertsonen aipamen zehatza egiten da, non botere publikoen aldetik kolektibo honekiko sustatu beharreko gizarte integrazioa eta babesa arautzen den.

EKn araututako xedapen horien ondorioz, gaitasun mugatua duten pertsonen autonomia juridikoa sustatzearen lehen pausua eman zan, babes teknika eta erakundeekin bateratuz. Bilakaera hori hainbat aspektu eta esparrutan adierazi izan da, batez ere pertsona honen birgizarteratze sozial eta profesionalean; baina arlo zibilean ere aldaketa batzuk suposatu zituen, leunagoak hori bai. Aurreko legeriarekin alderatuz, xedapen konstituzionalek jadanik aipatutako KZ erreforma partziala suposatu zuten, 1983.urtean burututakoa, non gaitasun mugatuaren epai irmoaren bermea eta gaitasuna mugatzeko arrazoien bilakaera aurrerakoaia zehaztu ziren.

EKtik abiatuta, aztertutako subjektuen aldeko neurri ugari garatu arren, Espainiako ordenamendu juridikoko arlo zibilean ez zan arauketa nabarmenik aldarrikatu, 2007.urtera arte, Espainiako estatuak 2006ko abenduaren 13an New Yorken ospatutako konbentzioa berretsi zuenean, non pertsona ezgaituen eskubideak hitzartzen diren¹³. Hitzarmen honetan ezgaitasun fisiko edo psikikoren bat duten pertsonen hainbat eskubideen aldarrikapena jasotzen da, baina 12.artikulua legearen aurrean gainerakoen onarpen bordinari buruzkoa da. Xedapen horren oinarria lehenengo puntuan jasotzen da, eta LLEDÓ YAGÜEren arabera gaitasun mugatua duten pertsona ororen nortasun juridikoa oinarritzko eskubide legez aldarrikatzen da, beharrezkoa dena eskubide eta betebeharren titularra izateko¹⁴. Hortaz nortasun juridikoa oinarritzko giza eskubide

¹³ 2006ko abenduaren 13an New Yorken ospatutako konbentzioaren berrespena, non pertsona ezgaituen eskubideak hitzartzen diren. EAO, 2008ko apirilaren 21ekoa, 96 zkia.

¹⁴ LLEDÓ YAGÜE, F. "La convención de Nueva York y la necesaria reformulación de la discapacidad". *R.E.D.S.*, 2019ko urtarrila, 14 zkia. 140-147 or.

baten izaera zehaztuz, xedapenaren gainerako puntuetan gaitasun mugatua duten pertsonen gaitasun juridikoaren babes adierazten da, amaieran ondare arloan zentratuz.

Hitzarmenaren arabera, pertsona guztiak gaitasun juridiko bera izan behar dute bizitzako aspektu orotan, gaitasun honek jarduteko gaitasuna barneratuz, gizarte partaidetzara begira beharrezko baldintza baita. Ordenamendu juridiko gehienetan, Espainiakoa barne, gaitasun juridikoa pertsona izatearekin bat dator baina jarduteko gaitasuna mugatzeko modukoa da, orokorrean gaitasun mentalean oinarrituz.

Manuaren esanetan, gaitasun mentalean identifikatutako arazoen ondorioz pertsonaren jarduteko gaitasuna mugatzea edo oztopatzea errakuntza bat da, honek duen bekaizkeriagatik, eta adimenaren ebaluazio zehatza burutu daitekeela suposatzen duelako¹⁵. Bi errakuntza hauen ondorioz, pertsona batek ez badu gaitasun mentalaren ebaluazioa zehaztutako baloreetan gainditzen oinarritzko eskubide bat ukatzen zaio, legearen aurreko onarpen berdintasuna alegia.

Ondare arloari dagokionez, hitzarmenak estatu parte hartzaileak derriortzen ditu beharrezko neurrien garapena burutzeraz gaitasun mugatuko pertsonen berdintasuna bermatzeko gai ekonomiko eta finantzarietan. Xedapenak arlo honen inguruko aipamena beren-beregi jasotzen du, ikuspuntu historikotik gaitasun mugatua duten pertsonen eskubide hau ukatu zaielako, aurretiaz aipatutako adimen gaitasun ezan oinarrituz. Konbentzioaren arabera, ondareari lotutako eskubide horiek ukatu beharrean, hauek jarduteko laguntza eskaini behar da, gaitasun mugatua duen pertsonaren jarduera juridikoa ahalbidetzeko neurriak ezarriz.

¹⁵ BARRANCO, C., CUENCA, P., eta RAMIRO, M. A. “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad”. *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V*, 2012ko ekaina 53-80 or.

New Yorkeko Hitzarmenaren berrespenak eta honek suposatutako jurisprudenzia anitzak¹⁶ Espainiako ordenamendu juridikoan eragin du, gaur egun onartu berria izan den eta Estatuko Aldizkari Ofizialean (aurrerantzean EAO) argitaratu den legea dela eta, legedi zibila eta prozesala aldatzen duena ezgaituen gaitasun juridikoa gauzaten laguntzeko. Lege berri honek, oraindik indarrean egon ez arren, sistema barri baten oinarriak ezartzen ditu, gaitasun mugatua duen pertsonaren borondatean eta erabakietan oinarritua, azken finean pertsona hauek erabakiak hartzeko eskubidearen titularrak baitira. Hortaz, autonomiaren sustapena bultzatzen duen ekimen honen aplikazioa behar duen edozein pertsonara hedatuko da, gaitasun mugaketaren agiri edo erabaki administratibo bat izan zein ez. Gaitasun mugatua duen pertsonaren gaitasun juridikoaren egikaritzea bermatzeko ekimen honen beharrezkotasuna nabarmena izan da, are gehiago, hainbat autorek hau salatu eta agerian utzi dute, PEREÑA VICENTEK¹⁷, besteak beste. Era berean, lege honek ordenamendu juridikoko hainbat araudi zibilen aldaketa suposatzen du, hala nola, Erregistro Zibilaren Legea¹⁸, Notariotza Legea¹⁹, edo Hipoteka Legea²⁰, baina aurretiaz azaldutako araudiarekin konparatzeko, legearen eraginaren azalpena KZean ardaztuko da, zehazki oinordetzaren eta ondarearen arloan.

¹⁶ BLAZQUEZ MARTIN, R. "El tratamiento de la discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo" *Revista La Ley*, 2018ko urria, 15141/2018 zkia. I gaia.

¹⁷ PEREÑA VICENTE, M. "El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado" *Revista La Ley*, 2004ko otsaila, 228/2004 zkia.

¹⁸ 20/2011 Legea, uztailaren 21ekoa Erregistro Zibilari buruzkoa. EAO, 2011ko uztailaren 22koa, 175 zkia.

¹⁹ Notariotza Legea. *Gaceta de Madrid*, 1862ko maiatzaren 29koa, 149 zkia.

²⁰ 1946ko otsailaren 8ko Dekretua, Hipoteka Legearen idazkera ofizial barria onartzen duena. EAO 1946ko otsailaren 27koa, 58 zkia.

Behin lanaren helburua, justifikazioa eta beharrezko kontzeptuak azal-
duta, lanaren edukia jorratuko da, oinordetza erakundeak banan-banan
behatz, gaitasun mugatua duten pertsonen eskubideen babesaren ikus-
puntutik hain zuzen ere, gaur egun indarrean dagoen araudia eta onartu
berria izan den legeak izango duen eragina kontuan hartuz.

II. OINORDETZA ERAKUNDEEN AZTERKETA GAITASUN MUGATUA DUEN PERTSONAREN IKUSPUNTUTIK

Oinordetza erakundeak banan-banan aztertu baino lehen, LEÑA FER-
NÁNDEZEK defendatzen duen ideia baten aipamena egin behar da, gura-
so edo tutoreek gaitasun mugatua duen ondorengoaren alde egin ahal
dituzten ondare xedapen moten inguruan²¹: Alde batetik ondorengo
horren mesedeetan zuzenean egindako xedapenak dagoz, eta honek bi
erataraz burutu daitezke, dohain eta baldintzarik gabe, edota xedatzeko
muga edo debekuekin, non ondorengo horren babes bermatzen duen
arduradunaren baimena eskatzen den. Bestetik, zeharkako xedapenak da-
goz; kasu honetan xedapenak hirugarren baten mesedeetan egiten dira
(gaitasun mugatua duen subjektuaren senide edo babeslea orokorrean),
baina honek xedapena onartzean, gaitasun mugatua duen pertsonaren
zaintza eta mantenuaren zama bereganatzen du. Aipamen honetatik abia-
tuz EZZari buruzko legean jasotako oinordetza erakundeak aztertuko
dira, testamentu bidezkoekin hasita.

²¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R. *Discapitados y testamento*. Madril: La Llave argitaletxea, 2004, 205-206 or.

1. Testamentu bidezkoak

A) Testamentu mankomunatua

Testamentu mankomunatua EZZri buruzko 5/2015 legeko 24 eta 29.artikuluen artean arautzen da, eta EZZeko oinordetza erakunde berezi bat da, zuzenbide erkidean ez baita onartzen. KZren arabera, zuzenbide erkideko lurraldean ez dira onartzen testamentu mankomunatuak, ez Espainian ez atzerrian burututakoak. Honen arrazoa KZean²² bertan jasotzen den testamentuaren izaera pertsonala da, borondatearen askatasuna eta xedapenen inguruan atzera egiteko banakako aukera defendatzen duen ezaugarria. Hala ere, esan den moduan, zuzenbide zibil propioa duten lurralde ugarian, EAEn besteak beste, testamentu mota hau onartzen da; are gehiago Euskadiren kasuan testamentu hau burutzeko aukera euskal auzotasun zibila duten guztiei zabaldu zaie²³, nahiz eta EAetik kanpo egin, aurretiaz zegoen Bizkaiko Lurralde Historikoko muga gaindituz.

Testamentu mankomunatua, pertsona bakarreko testamentuaren aukera alternatibo nagusia da, autore ugariren arabera, GIL RODRIGUEZ besteak beste, bi ezaugarri nagusi dituena: elkarrekikotasuna eta salbuespenezko izaera²⁴. Askatasun zibilarekin erlazionatu beharreko testamentu mota da, honen muina kausatzaile bat baino gehiagoren borondatea instrumentu bakarrean jasotzea baita. Era berean, formaz gain, testamentu mota honen edukia oso interesgarria da, honen izaera baterakoa derrigorrezkoa ez izan arren, nabaria delako; hau da, testamentuko eduki guztia ez du borondate bakar bati erantzun behar nahitaez, baina hau hitzartu daiteke

²² Kode Zibila argitaratzeko Errege Dekretua. *Gaceta de Madrid*, 1889ko uztailaren 27koa, 206 zkia. 669.art.

²³ 5/2015 legea, ekainaren 25ekoa. Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa. EHAA 124 zk. 2015eko uztailaren 3koa. 10.art.

²⁴ GIL RODRIGUEZ, J. eta GALICIA AIZPURUA, G. *Manual de Derecho Civil Vasco*. Barcelona: Atelier argitaletxea, 2016. 323-324.or.

kausatzaileen artean, bai elkarri bai hirugarren bat begira. Gaur egun indarrean dagoen legearen arabera, testamentu mankomunatuaren emailek ez dira ezkontuta egon behar ezta afektibotasun harremanik izan behar; hortaz gaitasunari begira alde batera utzi da ezkontzari buruzko gaitasunaren manuak, baina arauaren arabera testamentu emaileak emantzipatuta egon behar dira. Gainera testamentua baliozkoa izateko, testamentu irekia izan behar da, kasu orotan Notario aurrean egiletsi behar dena.

Aipatu den moduan testamentu honen berezitasun nabarmena beste testamentu motetikiko honen ezeztatzea da, testamentuan emaile bat baino gehiagok parte hartzen dutelako bai elkarrekiko bat hirugarren batekiko kasuan. Orokorrean testamentugile bien adostasuna behar da testamentu mankomunatua aldatzeko edo ezezteko, baina gerta daiteke parte hartzaile bakar batek aldatu edo ezeztu nahi izatea bestea bizirik dirauen bitartean. Kasu honetan legeak ezeztapena edo aldaketa aurrera eramanez nahi duen testamentugileari testamentu irekia edo oinordetza ituna burutzea eskatzen dio, beste testamentugilea era frogagarrian jakinaraziz; hala ere jakinarazpen hori ez da beharrezko baldintza izango, eta aldaketa edo ezeztapena ahalbidetzen duen agiria solemnea izanez gero, testamentu mankomunatuak xedapen guztiak eraginik gabe geldituko lirake²⁵.

Behin testamentu mankomunatuaren izaera azalduz, gaitasun mugatua duen pertsonan izan ahal dituen onura edo berezitasunak aztertu behar dira, subjektu hau bai kausatzailea bai jaraunslea izango balitz. Suposatuz kausatzaileak gaitasun mugatuko pertsonaren guraso edo tutoreak direla, testamentu mankomunatuak erabilgarritasun handia izango luke, bien artean ondasun batzuen helmuga zehatza ezarri ahal delako, batez ere legean araututako elkarren mendekotzat jotako ondare izaerako klausu-

²⁵TENA PIAZUELO, I. “La sucesión por testamento mancomunado o de hermandad en el nuevo Derecho Civil Vasco”. *Revista de Derecho Civil*, 2019ko iraila, VI liburua, 4 zkia., 45-88 or.

len bidez²⁶. Esan bidezko klausula mota honen bidez testamentua ezingo litzateke ezta aldatu ezta ezeztu testamentugile baten borondatez beste testamentugilearen adostasunik gabe, eta ez litzateke egongo ezezteko ezta aldatzeko modurik testamentugile baten heriotza ostean. Beraz, gaitasun mugatua duen ondorengoari begira, testamentu mota honek bere ondare egonkortasuna bermatzen eta babesten du, batez ere testamentugileek etorkizunean burutu ahal duten ezkontzei edota izan ahal dituzten gainerako ondorengoei begira²⁷.

Testamentu mankomunatuan ezarritako jarauntsia onartzeari begira, gaitasunari buruzko arauketa orokorra aplikatzen da, hots KZ hartzen da kontuan zuzenbide ordeztaille legez. KZren arabera gaitasun mugatua duen pertsona batek jarauntsia onartu dezake, kuradorearen laguntzarekin betiere epai irmoak hau ahalbidetzen badu²⁸; baina sarreran azalduko 8/2021 lege berriarekin, jarauntsiaren onartzea orokorrean gaitasun mugatua duen pertsonaren eskutan geratuko da, salbu eta honek dituen babes neurriek beste eraren bat izango balute²⁹. Hau da, legearen izaera aurre-rakoiaren eraginez, arau orokorra aldatzen da, gaitasun mugatua duten pertsonak jarauntsia onartzea ahalbidetuz, salbu eta epaileak honen babesa bermatzeko erabaki duen babes erakundearen baldintzen artean hau aurkitzen baldin bada. Hortaz agerikoa da legegilearen ekimenak helburu legez duela gaitasun mugatua duen pertsonaren jarduteko autonomia.

²⁶ 5/2015 legea, ekainaren 25ekoa. Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa. EHAA 124 zk. 2015eko uztailaren 3koa. 25.3.art.

²⁷ URRUTIA BADIOLA, A. M. “Nota breve sobre capacidad y Derecho Civil Vasco” *JADO. Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, 2016ko urtarrila, 27 zkia., 615-627 or.

²⁸ Kode Zibila argitaratzeko Errege Dekretua. *Gaceta de Madrid*, 1889ko uztailaren 27koa, 206 zkia. 996.art.

²⁹ 8/2021 Legea, 2021eko ekainaren 2koa, legedi zibila eta prozesala aldatzen duena pertsona ezgaituek haien gaitasun juridikoa gauzatzen laguntzeko. EAO, 2021eko ekainaren 3koa, 132 zkia. 2.art. 42. xedapena.

Gaitasun mugatua duen pertsona kausatzaile legez jarduten duen kasua behatuz, onarpenarekin moduan, gaitasunaren arauketa orokorra aplikatzen da. KZren arabera, ezin dute testamentua egin ohikotasunez edo aldian-aldian zentzutasunik ez dutenek; aldiz epai irmoz ezgaitua izan den pertsonak, epaiak ez badu kontrakoa jasotzen, testamentua egin nahi izango balu Notarioak bi aditu izendatuko ditu, aldez aurretik ezgaitua azter dezaten. Adituen ustez ezgaituak horretarako gaitasunik ez duenean, Notarioak ez du haren testamentua eskuetsiko³⁰. Hala ere, onarpenaren kasuan gertatzen den moduan onartu berria izan den 8/2021 legeak eta honen ekimena berresten duen jurisprudentziak³¹, egoera hau aldatuko du, gaitasun mugatua duen pertsonari ahalmen hau ezeztuz soilik, testamentua egiteko unean ezin duenean bere borondatea adierazi bere kabuz edota beharrezko laguntzaz baliatuz. Era berean gaitasun mugatua duen pertsonak testamentua balioetsi ahalko du Notarioaren iritziz, adimen nahikoa duenean bere borondatea adierazteko nahiz ulertzeko, zein babes erakunderen menpe dagoen erreparatu gabe; beraz, sustapen hau aurrera eramateko Notarioak bermatu beharko du testamentugileak xedapen guztiak ulertzen dituela, kasuan kasuko bide egokienak erabiliz. Testamentugilearen borondatea edozein medioren bidez helarazi ahal zaio Notarioari, honek ondoren idatzi dadin formalitate guztiak jarraituz, eta azkenik xedapen guztiak irakurriz ozenean testamentugilearen ulermena bermatzeko³². Beraz, testamentua egiteko ahalmenari dagokionez, lege berriak gaitasun mugatua duen pertsonaren eskubidea egikaritzeko

³⁰ Kode Zibila argitaratzeko Errege Dekretua. *Gaceta de Madrid*, 1889ko uztailaren 27koa, 206 zkia. 663.art.

³¹ BLAZQUEZ MARTIN, R. "El tratamiento de la discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo" *Revista La Ley*, 2018ko urria, 15141/2018 zkia., VI gaia.

³² 8/2021 Legea, 2021eko ekainaren 2koa, legedi zibila eta prozesala aldatzen duena pertsona ezgaituek haien gaitasun juridikoa gauzatzen laguntzeko. EAO, 2021eko ekainaren 3koa, 132 zkia. 2.art. 27. xedapena.

autonomiaren aldarrikapena defendatzen du, honen egoera edo babes erakundeak kontuan hartu beharrean, testamentugilearen adierazpen eta ulermen orokorrean zentratzen baita.

B) Komisario bidezko testamentua

Komisario bidezko testamentua EZZri buruzko 5/2015 legeko 30 eta 46.artikuluen artean arautzen da, eta EZZeko oinordetza erakunde berezi bat da, zuzenbide erkidean ez baita onartzen. Kodegintzaren prozesuan komisario bidezko testamentuaren erakundeak baztertu zen, beraz indarrean dagoen KZak ez du hau jasotzen, are gehiago honen kontrako xedapen bat jasotzen du³³, testamentuaren izaera pertsonala argudiatuz. EZZean testamentu mota hau nabaria izan da, Bizkaiko zuzenbide zibil foralean hain zuzen ere, Bizkaiko Foru Zaharretik arautua izan dena, eta gaur egungo legerira arte heldu dena hainbat aldaketa barneratuz. Komisario bidezko testamentuaren aitzindari eta oinarria Bizkaiko *alkarpoderoso* da³⁴, honen ezaugarri nabarmenarekin batera, eskuordetza hain zuzen ere. Testamentugilearen eta honek hautatutako komisarioaren arteko konfiantza oinarritutako eskuordetza horrek oinordetzaren izaera malgutzen du, oinordetza familia eta ondare egoera eta inguruabar orotara moldatuz; zuzenbide erkideak defendatzen dituen testamentuaren izaera pertsonala eta *mortis causa* oinordetzaren efektuen denbora bitartearen aurka joanez. Beraz Bizkaiko *alkarpoderoso* klasikotik abiatuz, gaur egun komisario bidezko testamentua EAE osora hedatzen da, euskal auzotasun zibila duten pertsona guztiek hau burutzeko aukera izanik; kontrara izendatutako komisarioak ez du auzotasun zibil honen baldintza bete behar.

³³ Kode Zibila argitaratzeko Errege Dekretua. *Gaceta de Madrid*, 1889ko uztailearen 27koa, 206 zkia. 670.art.

³⁴ URRUTIA BADIOLA, A. M^a. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario” Ondoko lanean: URRUTIA BADIOLA, A. M^a. (koord.) *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, del 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madril: Dykinson argitaletxea, 2020. 333-349 or.

CELAYA IBARRAREN esanetan, kausatzaileak komisarioari esleitzen dion ardura hiru erataratu itxuratu daiteke: testamentugilearen borondatearen eramaile soil moduan, testamentua egiteko eskuordetu moduan, edo komisario ezkontide alargunaren kasuan testamentua egiteko eskuordetu legez eta familia ondarearen kudeatzaile eta ordezkari moduan³⁵. Hortaz ondorioztatu daiteke komisarioaren figura guztiz nabarmena dela EZZean eta honen jarduera guztiz zabala dela, familia, oinordetza eta ondare zuzenbidearekin erlazionaturik egonez. Edu honetan, komisario bidezko oinordetzan hiru une bereiztu daitezke kronologikoki, testamentua egiteko ahalmenaren ematea kausatzailea bizi den bitartean, testamentua egiteko ahalmenaren egikaritzea kausatzailea hil ostean, eta testamentua egiteko boterearen azkentzea, legean jasotako arrazoiengatik³⁶.

Komisarioaren izendapena Notario aurrean burutu behar da³⁷, hau testamentugilearen ezkontidea (ulermen klasikoa), izatezko bikotea edo beste pertsonaren bat izanik. Ezkontide eta izatezko bikotearen kasuan, komisarioaren izendapena elkarrekikoa izan daiteke, hau bikotearen ezkontza itunean, eraentza itunean edo oinordetza itunean adieraziz, kasuan kasu. Beraz, aurrekoa laburbilduz esan daiteke oinordetza erakunde honetan, komisarioak estatus bikoitza duela, testamentugilearen borondatea eta bere jarduerak suposatzen dituen xedapenak bateratuz, testamentugilearen borondatearen gailentzea eta jardueraren denbora jarraipena zaintzea besteak beste.

³⁵ CELAYA IBARRA, A. “El testamento por comisario” *Anuario de Derecho Civil*, 1972ko martxoa, 25.liburukia, 3 zkia., 736 or.

³⁶ 5/2015 legea, ekainaren 25ekoa. Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa. EHAA 124 zk. 2015eko uztailaren 3koa. 45.art.

³⁷ 5/2015 legea, ekainaren 25ekoa. Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa. EHAA 124 zk. 2015eko uztailaren 3koa. 31.art.

Behin komisario bidezko testamentuaren izaera azalduz, gaitasun mugatua duen pertsonan izan ahal dituen onura edo berezitasunak aztertu behar dira, subjektu hau bai kausatzailea bai jaraunslea izango balitz. Gaitasun mugatua duen pertsona oinordekoa dela suposatuz, testamentu mota hau oso interesgarria izango honi begira, batez ere gurasoen artean burutzen bada, hauek behatu ahal dutelako epe luze baten haien seme-alaben egoera, kasuan kasuko xedapen mota egokienaren ebaluaketa eta erabakia ahalbidetuz. Gainera testamentua egiten den unean, testamentugileen ondarea oraindik eraketa bidean dago, eta hauek ezin dute jakin etorkizunean zein izango den gainerako seme-alaben eta honen bikoteen jarrera edo ardura gaitasun mugatua duen seme-alabarekiko. Beraz komisarioaren izendapena, bai gurasoen artean bai hirugarren bati begira arazoa ebatziko luke, honek ebaluatu dezakeelako gaitasun mugatua duen ondorengoaren eta honen inguruko senidetasun eta ondare egoera gurasoen heriotzaren ostean, behar besteko erabakiak hartuz eta neurriak ezarri³⁸. Komisarioak ez du soilik jarauntsiaren manuak zehazten edota kudeatzen (testamentugilearen borondatearen arabera) gaitasun mugatua duen seme-alabaren alde, legearen arabera honek tutoretza edo kuradoretza eskatzeko betebeharra du honen mesedeetan gurasoen heriotzaren ostean³⁹, KZean jasotzen den prozedura jarraituz. Hau da, kausatzailearen borondatea egikaritzeaz gain, komisarioak ondorengo gaitasun mugatua duen oinordekoaren ondare babesa aurreikusi behar du.

Komisario bidezko testamentuak suposatzen duen jarauntsia onartzeari begira, 5/2015 legeak aipamen zehatza jasotzen du, oinordekoek jarauntsia onartzeko gaitasuna izan behar dutela argituz, kausatzailearen heriotza unean edota komisarioak testamentuari buruzko boterea egika-

³⁸ URRUTIA BADIOLA, A. M. “Nota breve sobre capacidad y Derecho Civil Vasco” *JADO. Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, 2016ko urtarrila, 27 zkia., 615-627 or.

³⁹ 5/2015 legea, ekainaren 25ekoa. Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa. EHAA 124 zk. 2015eko uztailaren 3koa. 39.art.

ritzean. Manu honetatik abiatuz aurretiaz azaldutako gaitasunari buruzko arauketa orokorra aplikatzen da, hots KZ hartzen da kontuan zuzenbide ordeztaille legez. KZren arabera gaitasun mugatua duen pertsona batek jarauntsia onartu dezake, kuradorearen laguntzarekin betiere epai irmoak hau ahalbidetzen badu; baina sarreran azaldutako 8/2021 lege berriarekin, jarauntsiaren onartzea orokorrean gaitasun mugatua duen pertsonaren eskutan geratuko da, salbu eta honek dituen babes neurriek beste eraren bat izango balute. Hau da, legearen izaera aurrerakoiaren eraginez, arau orokorra aldatzen da, gaitasun mugatua duten pertsonak jarauntsia onartzea ahalbidetuz, salbu eta epaileak honen babes bermatzeko erabaki duen babes erakundearen baldintzen artean hau aurkitzen baldin bada.

Alde aktibotik behatuz, onarpenarekin moduan, 5/2015 legeak aipamen zehatza jasotzen du, komisarioak testamentuari buruzko boterea egikaritzean behar besteko gaitasuna behar duela azalduz⁴⁰. Beraz, bai kausatzailearen bai komisarioaren ikuspuntutik arestian azaldutako jarduteko gaitasunaren arauketa orokorra aplikatzen da, bien ahalmena bardina baita. KZren arabera, ezin dute testamentua egin ohikotasunez edo aldian-aldian zentzutasunik ez dutenek, eta epai irmoz ezgaitua izan den pertsonak, epaiak ez badu kontrakoa jasotzen, testamentua egin nahi izango balu Notarioak bi aditu izendatuko ditu, aldez aurretik ezgaitua azter dezaten; adituen ustez ezgaituak horretarako gaitasunik ez duenean, Notarioak ez du haren testamentua eskuetsiko. Hala ere, onarpenaren kasuan gertatzen den moduan onartu berria izan den 8/2021 legeak eta honen ekimena berresten duen jurisprudenzia⁴¹, egoera hau aldatuko du, gaitasun mugatua duen pertsonari ahalmen hau ezeztuz soilik, testamentua egiteko unean ezin duenean bere borondatea adierazi bere

⁴⁰ 5/2015 legea, ekainaren 25ekoa. Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa. EHAA 124 zk. 2015eko uztailaren 3koa. 32.art

⁴¹ BLAZQUEZ MARTIN, R. "El tratamiento de la discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo" *Revista La Ley*, 2018ko urria, 15141/2018 zkia., VI gaia.

kabuz edota beharrezko laguntzaz baliatuz. Era berean gaitasun mugatua duen pertsonak testamentua balioetsi ahal du Notarioaren iritziz, adimen nahikoa duenean bere borondatea adierazteko nahiz ulertzeko, zein babes erakunderen menpe dagoen erreparatu gabe; beraz, sustapen hau aurrera eramateko Notarioak bermatu beharko du testamentugileak xedapen guztiak ulertzen dituela, kasuan kasuko bide egokienak erabiliz. Testamentugilearen borondatea edozein medioren bidez helarazi ahal zaio Notarioari, honek ondoren idatzi dadin formalitate guztiak jarraituz, eta azkenik xedapen guztiak irakurriz ozenean testamentugilearen ulermena bermatzeko. Beraz, testamentua egiteko ahalmenari dagokionez, lege berriak gaitasun mugatua duen pertsonaren eskubidea egikaritzeko autonomiaren aldarrikapena defendatzen du, honen egoera edo babes erakundea kontuan hartu beharrean, testamentugilearen adierazpen eta ulermen orokorrean zentratzen baita.

C) *Senipartea: Jaraunse izendatzeko askatasuna*

Senipartea EZZri buruzko 5/2015 legeko 47 eta 57. artikuluen artean arautzen da, eta oinordetzaren askatasuna mugatzen duen erakunde hau zuzenbide erkidean ere aplikatzen da, KZk gai honi buruzko jasotzen dituen manuak jarraituz. Legearen arabera senipartea, jarauntsiaren gaineko kuota bat da honen balioaren arabera kalkulatzeko dena, hau da, jarauntsiaren aktibo garbiaren zati alikuota bat legeak ondorengo zehatz batzuei erreserbatzen diena, jaraunsi, legatu edo dohaintza eran⁴²; jaraunselea izendatzeko askatasunaren muga suposatuz. Ezkontide alargunak edo bizirik dirauen izatezko bikoteak ere senipartearen gaineko eskubidea du, baina lanaren ikuspegia eutsiz, ondorengoei begirako senipartean soilik sakonduko da. Senipartea jarauntsiko ondasunen heren bat da,

⁴² LLEDÓ YAGÜE, F. "Capítulo segundo. De las limitaciones a la libertad de testar". Ondoko lanean: URRUTIA BADIOLA, A. M. (koord.) *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, del 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madril: Dykinson argitaletxea, 2020. 457-474 or.

baina zuzenbide erkidearekin alderatuz, testamentugileak oinordekoei senipartea eskualdatzeko betebeharra du, oinordekoen artean bat edo batzuk hautatuz eta gainerakoak baztertuz, esanbidez nahiz isilbidez. Senipartedunak izango dira kausatzailearen seme-alabak edo ondorengoak edozein gradutan, horien arteko diskriminazio edo lehentasunik gabe, FERNANDEZ DE BILBAO Y PAZren arabera EZZren senipartearen ulerkeria familia ondarearen babes eta batasun soila baita, Bizkaiko infantzonatuan, Laudion eta Aramaion arautzen den tronkalitatearekin bat etorritz⁴³.

Jadanik azaldu den bezala, testamentugileak oinordekoei senipartea eskualdatzeko betebeharra du, baina oinordekoen artean bat edo batzuk hautatu dezake, gainerakoak baztertuz, esanbidez nahiz isilbidez. Hortaz senipartedunen bat gaitasun mugatua izango balu, hau izendatzea senipartedun bakar legez beste guztiak baztertuz, honen babesa bermatzeko neurri eraginkorra izango litzateke. Orokorrean EZZk ez du manu berezirik jasotzen senipartearen aldakuntza edo aplikazio desberdinari buruz gaitasun mugatua duten ondorengoei begira, baina KZk aldiz, zuzenbide ordeztaille moduan ordezenak jasotzen ditu; hau da, ordenamendu juridiko erkideak arautzen dituen jaraunse izendapen orokorraren salbuespenak edo egoera bereziak. Jarraian bi ordezen mota aztertuko dira, gaitasun mugatua duen pertsonaren oinordetza eskubideak aldarazten dituztenak, lehenengoa gaitasun mugatua duen pertsona kausatzailea izango balitz, eta bigarrena oinordekoa izango balitz; onbidezko ordezena eta fideikomiso bidezko ordezena hain zuzen ere.

a) Onbidezko ordezena

KZren arabera, aurrekoek izenda dezake hamalau urte baino nagusia-
goa den ondorengoan ordezena, ondorengoaren zorotasunaren ziozko

⁴³ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. J. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*. Bilbo: Zuzenbidearen Euskal Akademia, 2014. 225 or.

ezgaitasun adierazpen eman denean⁴⁴. Beraz, ordezen honen bidez aurrekoek edo gurasoek ezgaitua den ondorengoan ordezen burutu dezakete testamentua, ez dutelako aurrekusten ondorengoak testamenturik burutuko duenik jasaten duen ezgaitasuna dela eta. Onbidezko ordezena burutzeko, zorotasunaren ziozko ezgaitasuna duen ondorengoa adierazpen bidez ezgaitua egon behar da, eta hamalau urte baino gehiago izan behar ditu, hau baita testamentua egiteko gutxieneko adina. Ordezen hau baliozkoa izango litzateke, ondorengo ezgaituak ez badu testamenturik egiten burua argi izan duenean edo bere sen onera itzultzean, eta honek ondoreak sortuko ditu ordezen egilea hiltzen den unean, nahiz eta eragin osoa ordeztuaren heriotzan izan⁴⁵.

Ordezenaren objektuari dagokionez, eztabaida zabala dago ea bertara barne biltzen diren ordeztuaren ondasun eta eskubide guztiak edota soilik ordezena burutzen duten aurrekoek eskualdatzen dizkietenak jarrauntsi edo legatu legez. Honen inguruko 2003.urtean emandako ebazpenak testamentugileek eskualdatutako ondarea hartu zuen kontuan ordezenaren objektua zehazteko⁴⁶, baina gaur egungo korronteez ondare osoaren zehaztapena defendatzen dute ordezenaren objektu legez. Onbidezko ordezenak familia ondarearen babesari errespetatzen du, ez baitu ordeztuaren senipartea murrizten, eta honek senipartedunik izanez gero ordezena burutzen duten aurrekoek hauen senipartea errespetatu behar dutelako testamentua egiterakoan.

⁴⁴ Kode Zibila argitaratzeko Errege Dekretua. *Gaceta de Madrid*, 1889ko uztailearen 27koa, 206 zkia. 776.art.

⁴⁵ URRUTIA BADIOLA, A. M. *Familia eta oinordetza zuzenbidea*. Bilbo: Zuzenbidearen Euskal Akademia, 2019. 232-234 or.

⁴⁶ 2003ko otsailaren 18ko Erregistroaren eta Notarioritzaren Zuzendaritza Nagusiaren ebazpena. EAO, 2003ko martxoaren 12koa, 61 zkia.

KZren ikuspuntutik ordezen honek gaitasun mugatua duen ondorengo eta honen ondorengoak egotekotan babesten ditu, honek ezin baitu legezko testamentu bat egiletsi gaur egungo legearen arabera; baina aurretiaz azaldu den ikuspegi aurrerakoia kontuan hartuz, ordezen honek ez ditu gaitasun mugatua duen pertsonaren eskubideak errespetatzen, testamentua egiteko ahalmenaren mugatzen diolako. Beraz, onartu berria izan den 8/2021 legean islatzen den bezala, manu hau ezabatzen da⁴⁷, gaitasun mugatua duen pertsonari bere borondatea testamentu bidez adierazteko eskubidea aitortuz, aurretiaz azaldutako bideak erabilita. Dena dela lege berriak ordezen honen aplikazioaren ñabardura bat jasotzen du laugarren xedapen iragankorrean; honen arabera gaitasun mugatua duen ordeztua legea indarrean sartu ostean hilez gero, hau aplikatuko da, beraz manuaren desagerpenaren ondorioz ordezena ez da onbidezkoa izango eta ezingo du hildakoaren testamentuaren ondoreak izan. Irizpide hau dela bide, kausatzaileak ordeztuari eskualdatutako ondasunek hondakinezko fideikomisoaren izaera izango dute, ordeztua fiduziarioa izanik eta ordezkoa fideikomisoduna, hurrengo ordezenean azalduko diren kontzeptuak hain zuzen ere.

b) Fideikomiso bidezko ordezena

KZren arabera, fideikomisozko ordezenak direla bide, testamentugileak jaraunslari ezartzen dio jarauntsi osoa edo horren zati bat artatu eta hirugarren bati eskualdatzeko ardura⁴⁸; beraz esan daiteke fideikomisozko ordezenaren ezaugarri nagusia ondoz ondoko hurrenkera dela, dei bat baino gehiago eginez. Ordezen mota hau berriaz eratu behar da, eta

⁴⁷ 8/2021 Legea, 2021eko ekainaren 2koa, legedi zibila eta prozesala aldatzen duena pertsona ezgaituek haien gaitasun juridikoa gauzatzen laguntzeko. EAO, 2021eko ekainaren 3koa, 132 zkia. 2.art. 37. xedapena.

⁴⁸ Kode Zibila argitaratzeko Errege Dekretua. *Gaceta de Madrid*, 1889ko uztailearen 27koa, 206 zkia., 781.art.

honek epemuga edo baldintza bidez eratu daitezke, erakunde honetan testamentugileak edo fideikomiso egileak, fiduziarioak eta fideikomisodunak parte hartuz.⁴⁹ Laburbilduz, ordezen mota honen bidez kausatzailea hiltzean fiduziarioa izango da lehen jaraunslea, jarauntsiaz gozatu ahal duena baina era berean hau artatzeaz arduratu behar dena, xedatzeko ezintasunarekin. Fiduziarioaren izaera azkenduko da denbora epe bat igarotzean edo baldintza zehatzen bat ematean (hala nola fiduziarioaren heriotza), eta momentu horretan fideikomisoduna bigarren jaraunsle bihurtzen da.

Aurreko ordezenarekin alderatuz, fideikomiso bidezko ordezenak seniparte hertsian eragin ahal du, testamentugileak fideikomisoa ezarri ahalko duelako heren horren gainean gaitasun mugatua duen ondorengoaren alde, hau fiduziarioa eta gainerako senipartedunak fideikomisodunak izanik. Haatik, pertsona ezgaituek haien gaitasun juridikoa gauzatzen laguntzeko onartua izan den lege berriak ordezen hau ere aldatzen du, gaitasun mugatua duen pertsonaren ondare eskubideak areagotuz. Xedapen berrien arabera fideikomiso bidezko ordezena mantentzen da, baina senipartearen kargari dagokionez indarrean dagoen manuairen baino haratago doa, gaitasun mugatua duen pertsona fiduziario lege eusten baitu baina jarauntsia osatzen duen ondarea xedatzeko ahalmenarekin, ahalmen hori pertsonak duen kasuan kasuko babes erakundeari lotuta. Beraz arauketa barri honek gainerako senipartedunei begira hondakinen gaineko fideikomisoaren izaera du, orokorrean ondoreak sortzen dituen fiduziarioa hiltzean⁵⁰.

⁴⁹ URRUTIA BADIOLA, A. M^a. *Familia eta oinordetza zuzenbidea*. Bilbo: Zuzenbidearen Euskal Akademia, 2019. 234-239 or.

⁵⁰ 8/2021 Legea, 2021eko ekainaren 2koa, legedi zibila eta prozesala aldatzen duena pertsona ezgaituek haien gaitasun juridikoa gauzatzen laguntzeko. EAO, 2021eko ekainaren 3koa, 132 zkia. 2.art. 39. xedapena.

c) Tronkalitatea Bizkaiko lur lauan, Laudion eta Aramaion

Tronkalitatea EZZri buruzko legaren 61. eta 71. artikuluen artean arautzen da, eta senipartearekin azaldu den bezala, tronkalitatearen helburua familia izaerako ondare babestea da, hau da, familiaren ondasunen jabetza familia berean gelditzea. Tronkalitatea Bizkaiko lur lauan (Bizkaia osoan hiribilduetan izan ezik), eta Arabako Laudio eta Aramaio udaletan kokaturiko ondasun tronkaletan, onibarretan hain zuzen ere, aplikatzen da, bertoko auzotasun zibila duen pertsona batek onibarra erosi eta bere ondorengoari eskualdatzen dion unetik. Tronkalitatea alde batetik onibarretan oinarritzen da, baina onibarrak izaera hau eusteko eta tronkalitatearen jarraipena bermatzeko, senide tronkeroak hartu behar dira kontuan, ondorengoak, aurrekoak eta albokoak laugarren graduraino. Tronkalitatearen ondorioz, senide tronkeroa ez den hirugarren bati egingdako *inter vivos* edo *mortis causa* eskualdaketen eragingabetasuna eman daiteke, senide tronkeroek honen kontrako akzioa egikaritzuz.

Jadanik azaldu denez, zuzenbide erkideak senipartearen aldaraztea onartzen du gaitasun mugatua duen ondorengoari begira, eta EZZren kasuan senipartea arautzen da, baina hau ez da zertan ondorengo guztien aldekoa izan behar. GOROSTIZA VICENTEK azaltzen duen moduan, tronkalitate kasuan, hau seniparteari begira gailentzen da, beraz seniparteduna tronkeroa izango balitz, ondasun tronkalak honen senipartera egotziko zitzaizkion, baina seniparteduna ez balitz senide tronkeroa izango (alargunaren kasuan adibidez), honen senipartea ondasun ez tronkalekin ordainduko litzateke ahal izanez gero⁵¹. Tronkalitatearen inguruan, legeak ez du inolako salbuespenik aurreikusten gaitasun mugatua duten subjektuei begira; gaitasun mugatua duen ondorengorik egonez gero, hau

⁵¹ GOROSTIZA VICENTE, J. M. “Sección tercera. De la troncalidad en Bizkaia, Aramaio y Llodio” Ondoko lanean: URRUTIA BADIOLA, A. M^a. (koord.) *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, del 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson argitaletxea, 2020. 531-570 or.

senide tronkeroa izango litzateke ondorengo den neurrian. Beraz, EZZk jasotzen duen arauketa kontutan hartuz, guraso edo tutoreek seniparte osoa gaitasun mugatua duen ondorengoaren alde xedatu dezakete, eta gainerako senipartedunak edo senide tronkeroak ez dute aukerarik izango xedapen hori aurkaratzeko, ez senipartearen ez tronkalitatearen ikuspuntutik, kasu orotan ondarea familia berean geldituko litzatekeelako.

2. Oinordetza itunak

Oinordetza itunak EZZri buruzko 5/2015 legearen 100 eta 109. artikuluen artean arautzen dira, eta aurretiaz azaldutako beste erakundeen moduan arauketa eta ulerkerak desberdina du zuzenbide erkidean eta tokiko zuzenbide propioetan. KZk ez ditu oinordetza itunak onartzen inolako salbuespenik gabe, baina EAEn gertatzen den bezala erakunde hau onartzen da, toki bakoitzeko berezitasunekin, beste zuzenbide propioa duten lurraldetan, hala nola, Aragoian, Katalunian, Galizian edo Nafarroan.

Oinordetza itunak kontratu izaerako *mortis causa* negozio juridikoak dira, hau da, kontratu bereziak dira non muina objektua den, etorkizuneko jarauntsia hain zuzen ere; hots hau ez da alde bakarreko xedapenen bidez erregulatzen, alde biko kontratu bidez baizik⁵². Beraz, irizpide horri jarraituz, oinordetza itunak testamentua baztertzen du, eta negozio juridikoaren alde bikotasuna kontuan hartuta, hau aldatzeko edota azkentzeko parte hartzaile ororen adostasuna beharko litzateke. Horrez gain, testamentuarekin orokorrean eskatzen den bezala, oinordetza itunak eskritura publikoan jaso behar dira, eta EZZri buruzko legeak jasotako beste erakundeen moduan, oinordetza itunak egiteko aukera euskal auzotasun zibila duen pertsona orori zabaltzen zaio. Oinordetza itunen

⁵² OÑATE CUADROS, F. J. “Capítulo tercero. De los pactos sucesorios” Ondoko lanean: URRUTIA BADIOLA, A. M. (koord.) *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, del 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madril: Dykinson argitaletxea, 2020. 783-801 or.

edukiaren aldetik, legeak askatasun zibila gailentzen du, eduki zabala defendatuz eta arautuz, baina legeak hiru suposizio orokor jasotzen ditu⁵³: Ondasunen xedapena *mortis causa* honen titularraren aldetik kasuan kasuko baldintza edo ñabardurekin, oinordetza eskubideen ukapena kausatzailea bizi bitartean (bereziki senipartearen ukapena 48.5.art. jasota), eta hirugarren baten jarauntsiaren gaineko oinordetza eskubideen xedapena hirugarren horren baimena dela medio.

Edu honetan, oinordetza itunak hainbat arazori erantzuna eman ahal dio, hala nola, oinordetzaren aurretiazko plangintza edo familia kideek duten egoera pertsonala eta ekonomikoa behatuz gero honen alde egin nahi diren kontribuzioen erregulazioa. Beraz hainbat autorek erakunde honen erabilgarritasuna nabarmendu dute; ASUA GONZALEZEN arabera, esan daiteke oinordetza itunak familiaren eta gizartearen behar izanak asetzen dituela, bestelako erakundeek duten hutsune edo mugapenak gaindituz, batez ere senideen arteko oinordetza gatazkak ekiditeko, edo gure gairi helduz, baliabideen helarazpena bermatzeko gaitasun mugatua duten ondorengoei⁵⁴. Azken aipamen honen harira, URRUTIA BADIOLA-ren iritziz, oinordetza itunaren erakundeak abantaila batzuk ditu gaitasun mugatua duen ondorengoari begira, bai honekin zuzenean adostutako xedapenen bidez, bai ondorengo honekin harremana duen hirugarren batekin adostutako xedapen eta neurrien bidez, kasuan kasuko aproposenak direnak erabakiz⁵⁵.

⁵³ 5/2015 legea, ekainaren 25ekoa. Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa. EHAA 124 zk. 2015eko uztailaren 3koa. 100.2.art.

⁵⁴ ASUA GONZALEZ, C. I.; GALIZIA AIZPURUA, G.; GIL RODRÍGUEZ, J.; HUALDE SÁNCHEZ, J. J.; IMAZ ZUBIAUR, L. *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco. Bases para un nuevo régimen*. Bilbo: Euskal Herriko Unibertsitatea, 2011. 712-723 or.

⁵⁵ URRUTIA BADIOLA, A. M. "Nota breve sobre capacidad y Derecho Civil Vasco" *JADO. Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, 2016ko urtarrila, 27 zkia., 615-627 or.

Gaia gaitasun mugatua duen ondorengoarekin zuzenean adostutako xedapenetan ardaztuz, honek suposatzen dituen abantailak posible izateko, oinordetza ituna burutzeko alde biek beharrezkoa duten gaitasuna aztertzea beharrezkoa da, EZZri buruzko legean jasotzen diren manuak, KZrekin eta gaitasun mugatua duten pertsonen eskubide zibilak babes-teko lege berriarekin alderatuz. Oinordetza ituna burutzeko, kausatzailea adin nagusikoa izan behar da⁵⁶, testamentua egiteko beharrezkoa ez dena. Honen arrazoia oinordetza itunaren kontratu izaera da, honen aldakuntza edo ezeztapenerako alde bien adostasuna behar baita. Baldintza honetatik abiatuz, kausatzaileak behar duen gaitasuna zehazteko honek burutzen dituen xedapen egintzen izaera aztertu behar da: Alde batetik, oinordetza itunak, kausatzailea bizirik dirauen bitartean burututako eskualdatzeak jasotzen baditu, kausatzaileak *inter vivos* dohaineko eskualdatzeak burutzeko gaitasuna beharko du, hau da kontratazio eta xedapen ahalmena, KZean arautzen dena⁵⁷. Kontrara, oinordetza itunaren eragingarritasuna *post mortem* izango balitz, kausatzaileak behar duen gaitasuna ez dago argi, berez hau ez delako testamentu bat, eta ezin delako zuzenbide erkidea zuzenbide ordeztaille moduan hartu honek ez baitu jasotzen oinordetza ituna. Beraz, OÑATE CUADROSEN arabera, izaera honetako xedapenen kasuan, kasu bakoitza behatu beharko litzateke; baina New Yorkeko konbentzioaren oinarrituz (eta honek suposatutako araudi eratorrian), ulertu daiteke gaitasun mugatua duen pertsonaren autonomiaren sustapena, oinordetza itunak burutzeraz neurri baten hedatu daitekeela⁵⁸.

⁵⁶ 5/2015 legea, ekainaren 25ekoa. Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa. EHAA 124 zk. 2015eko uztailaren 3koa. 100.3.art.

⁵⁷ Kode Zibila argitaratzeko Errege Dekretua. *Gaceta de Madrid*, 1889ko uztailaren 27koa, 206 zkia. 624.art.

⁵⁸ OÑATE CUADROS. F. J. “Capítulo tercero. De los pactos sucesorios” Ondoko lanean: URRUTIA BADIOLA, A. M. (koord.) *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, del 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madril: Dykinson argitaletxea, 2020. 783-801 or.

Izendatuari dagokionez, kausatzaileak duen adin nagusitasunaren baldintza bera du, baina aurrekoarekin alderatuz, CELAYA IBARRAK defendatzen du baldintza hori ituna burutzen duenari soilik aplikatu ahal zaiola, eta ez harreman juridiko horren titularrari⁵⁹. Are gehiago, ulertu daiteke adingabeei, eta gaitasun mugatua duten pertsoneri oinordetza ituna ukatzea, hauen gaitasun juridikoaren bekaizkeria justifika ezina dela; baina azken hauen kasuan onarpenari buruzko ñabardura batzuk aipatu behar dira. Zuzenbide erkidean gaitasunari buruzko jasotako manuen arabera, tutoretza edo bestelako babes erakunde baten menpe dauden pertsonen kasuan, tutoreak epailearen baimena behar du jarauntsiak onartzeko inbentario onurarik gabe⁶⁰; hala ere hainbat usteren arabera hau ez litzateke EZZren esparruan aplikatu beharko, 5/2015 legearen 21.2.artikuluaren arabera jaraunsleek erantzukizuna dutelako kausatzailearen betebeharren gain, jarauntsi bidez eskuratutako ondasunen balioaren neurrian.

Beraz, jarauntsiaren manu hori oinordetza itunera hedatuz, ez litzateke aplikatu beharko zuzenbide erkidea, eta gaitasun mugatua duen izendatuak jarauntsia onartzeko baldintza orokorrak bete beharko lituzke; gaitasunari buruzko arauketa orokorra aplikatzen da, hots KZ hartzen da kontuan zuzenbide ordeztaille legez. Adierazi den moduan, KZren arabera gaitasun mugatua duen pertsona batek jarauntsia onartu dezake, kuradorearen laguntzarekin betiere epai irmoak hau ahalbidetzen badu; baina jadanik azaldutako 8/2021 lege berriarekin, jarauntsiaren onartzea orokorrean gaitasun mugatua duen pertsonaren eskutan geratuko da, salbu eta honek dituen babes neurriek beste eraren bat izango balute.

⁵⁹ CELAYA IBARRA, A. *Ley sobre Derecho Civil Foral del País Vasco*. Madrid: EDERSA argitaletxea, 1997. 301-314 or.

⁶⁰ Kode Zibila argitaratzeko Errege Dekretua. *Gaceta de Madrid*, 1889ko uztailearen 27koa, 206 zkia. 271.4.art.

III. FORU ZUZENBIDE DESBERDINETAKO OINORDETZA ERAKUNDE BEREZIEN ALDERAKETA

Aurreko puntuan azaldu eta aztertu diren oinordetza erakunde berezietatik abiatuz, interesgarria izango litzateke erakunde nabarmen horiek beste foru zuzenbide batzuetan arautzen direnekin alderatzea; hau da EZZk arautzen dituen erakundeek duten eragin bera izan ahal duten erakundeen azterketa, Espainiako estatuaren zuzenbide aniztasuna dela eta. Helburu honetarako lau lurralderen zuzenbide zibil propioa hartuko dira kontuan, Aragoi, Galizia, Katalunia eta Nafarroa; oinordetza erakundeetan ardaztuz. Gaitasunaren arauketari dagokionez, zuzenbide zibil berezi batzuk gaia arautzen dute (orokorrean KZren manuak jarraituz), baina 8/2021 legearen eragina dela eta, ez da gai hori aztertuko etorkizun hurbilean xedapen horiek aldatuko baitira.

Aragoiko zuzenbide zibilarekin hasiz, gai hau Aragoiko Zuzenbide Foralaren Kodean⁶¹ (aurrerantzean AZFK) jasotzen da, non oinordetza-ri buruzko hainbat manu jasotzen diren. Aragoiko zuzenbide bereziak hainbat oinordetza erakunde arautzen ditu, hala nola testamentu arrunta, testamentu mankomunatua edo oinordetza itunak. Orokorrean honen arauketa EZZren antzekoa da, batez ere erakunde bakoitzaren muina edo arima berdina delako, alde bikotasuna oinordetza itunetan, edo kausatzaile ugariren borondatearen lotura tresna beraren bidez testamentu mankomunatuaren kasuan. Hala ere, desberdintasun batzuk adierazi behar dira, batez ere lanean zehar jorratu den gaiari begira; oinordetza itunen kasuan Aragoiko legeak aldean adin nagusitasuna eskatzen du, eta beren-beregi jasotzen du negozioren izaera pertsonala, hots EZZrekin alderatuz, ez litzateke onartuko alderen baten ordezkari

⁶¹ 1/2011 Legegintza Dekretua, martxoaren 22koa, Aragoiko Zuzenbide Foralaren Kodea onartzen duena. AAO 67 zkia. 2011eko martxoaren 29koa.

ritza⁶², aspektu nabarmena alderen bat gaitasun mugatua izanez gero. Azken berezitasun moduan, Aragoiko legearen oinarrien joera zentralista dela eta, foru zuzenbide honek KZrentzat jotzen du, ez baitu komisario bidezko testamentua onartzen bere arauketa berezian

Galiziako zuzenbide zibil propioarekin jarraituz, hau lege berezian jasotzen da⁶³, eta bertan aurreko kasuetan moduan oinordetzari buruzko manuak arautzen dira. Galiziako zuzenbideak EZZk arautzen dituen erakunde berezi bardinak arautzen ditu, testamentu mankomunatua, komisario bidezko testamentua eta oinordetza itunak hain zuzen ere, baina berezitasun batzuekin. Lehenengoa oinordetza itunetan behatzen da, non alde batetik itunen izaera jarauntsiaren hobekuntzara edo baztertzer mugatzen diren, eta bestetik aldean adin nagusitasuna eta jarduteko gaitasuna eskatzen den, Aragoiko zuzenbidean azaldu den bezala. Testamentu mankomunatua ez da antzematen ezaugarri desberdinik, baina komisario bidezko testamentuak ere muga batzuk ditu EZZean arautuarekin alderatuz; Galizian burututako testamentu mota honetan komisarioaren izendapena ezkontideen artean izan behar da, hirugarrenak baztertuz. Erakunde hau, Bizkaian arautzen zen *alkarpoderosoaren* antzerakoa da, eta eragin positiboa izan arren, gaitasun mugatua duen ondorengoari begira honek desabantaila batzuk izan ahal ditu, batez ere aurreko atalean azaldutako etorkizun ikuspuntu horri dagokionez.

Kataluniarekin jarraituz, honen zuzenbide zibila beste era batera antolatzen da, Kataluniako Kode Zibilean (aurrerantzean KKZ) hain zuzen ere. KKZ hainbat liburutan banatzen da liburu bakoitza lege bat izanik,

⁶² BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. “Título II. De las sucesiones paccionadas” Ondoko lanean: DELGADO ECHEVERRÍA, J. (koord.) *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*. Zaragoza: Aragoiko Gobernua, 2013. 567-577 or.

⁶³ 2/2006 legea, ekainaren 14koa, Galiziako Zuzenbide Zibilari buruzkoa. GAO 124 zkia. 2006eko ekainaren 29koa.

eta oinordetzari buruzko manuak laugarren liburuan⁶⁴ arautzen dira. Kataluniak, Euskadiren moduan, nortasun kultural eta juridiko sendoa izan arren, ez du erakunde ugari arautzen oinordetzaren arloan, are gehiago, Espainiako KZk jasotzen dituen manu batzuetan zentratzen da, bestelako foru zuzenbideetatik aldentuz. Honen adibide argia izango litzateke KKZk arautzen dituen ordezen desberdinak edota fideikomisozko oinordetzaren erregulazioa besteak beste. Erakunde bereziei erreparatuz, Kataluniako zuzenbideak oinordetza itunak soilik arautzen ditu, orokorrean EZZk jasotzen dituen berezitasunekin, baina aurreko zuzenbide propioekin alderatuz, Kataluniako kasuan ere aldean jarduteko gaitasuna eskatzen da, salbu eta aldeetako batek (jaraunslea nagusiki) onurak soilik jasotzen baditu itunetik. Hau da, ituna burutzean gaitasun mugatua duen jaraunsleak ez badu inolako kargarik jasotzen, honen ordezkariak ituna onartu ahalko du bere izenean, ez dagoelako gaitasun mugatua duen pertsona kaltetzeko aukerarik.

Azkenik, Nafarroako zuzenbide zibil propioari dagokionez, gai hau Nafarroako Foru Zuzenbide Zibilari buruzko Konpilazioan⁶⁵ arautzen da. Arrazoi historikoak direla eta, Nafarroako zuzenbide zibil propioa EZZ baino garatuagoa da (nahiz eta aspektu batzuetan KZren kontzeptuak errepikatu edo jarraitu), baina oinordetzari dagokionez, Nafarroan oinordetza itunak eta ermandadeko testamentua bakarrik arautzen dira erakunde berezi legez (ordezpenak eta fideikomisoa alde batera utziz). Oinordetza ituna EZZean arautzen den era berean jasotzen da, ideia orokorrak mantenduz, aldean gaitasuna barne. Ermandadeko testamentua izen hau izan arren, kontzeptua testamentu mankomunatua da, aurretiaz azaldutako erregulazio antzekoarekin. Hortaz Nafarroan onartzen

⁶⁴ 10/2008 legea, uztailaren 10ekoa, Kode Zibilaren laugarren liburukoa, oinordetzei buruzkoa. KAO 5175 zkia. 2008ko uztailaren 17koa.

⁶⁵ 1/1973 Legea, martxoaren 1ekoa Foru Zuzenbide Zibilari buruzko Konpilazioa edo Nafarroako Foru Berria onartzen duena. EAO 57 zkia. 1973ko martxoaren 7koa.

diren erakunde berezi hauetan EZZren antzeko erregulazioa jarraitzen da, baina KZk ezartzen duen moduan, konpilazioak ez du komisario bidezko testamentua arautzen.

Alderaketa honekin behatu daiteke hainbat berezitasun daudela foruetan oinarritutako zuzenbide zibil propioetan, foru horiek suposatzen duten praktika, ohitura eta usadioak direla eta; baina arrazoi bardinagatik argi gelditu da ordenamenduen artean dauden desberdintasunak, bai lurraldearen berezitasunagatik bai foru lurralde desberdinek ordenamendu erkidera duten joeragatik. Dena dela, proiektu osoan zehar azaldu den bezala, ordenamendu bakoitzak bere berezitasunekin, hainbat abantaila izan ahal ditu kasuan kasuko oinordetzari begira, EZZk arautzen dituen oinordetza erakunde bereziekin gertatzen den bezala, batez ere oinordetzan parte hartzen duen aldeetako batek gaitasun mugatua izango balu.

IV. OINORDETZA ERAKUNDEEN ETA GAITASUN MUGATUA DUTEN PERTSONEN IKUSPUNTU FISKALA BIZKAIKO LURRALDE HISTORIKOAN

Fiskalitatea lurralde baten ogasun publikoaren funtzionamendua eta jarduera ezartzen duen arau eta prozedura multzoa da, ogasuna eta bestelako partaide ekonomikoak erlazionatzen dituenak. Ezaguna denez, Espainiako ordenamendu juridikoa anitza da, non lurraldearen arabera legeak desberdinak diren, usadio eta ohituretan oinarrituta, Euskadin gertatzen den bezala. Zuzenbide zibilarekin batera, fiskalitatea EAEko zuzenbide propioaren adar nabarmena da, sarreran aipatu den foruen ezabatzearen ondoren eutsitako eskubide historikoa hain zuzen ere. Are gehiago, EAEko fiskalitatearen berezitasuna bikoitza da; alde batetik zuzenbide erkidearekiko eta estatuko ogasun publikoarekiko desberdina da, baina bestetik barne araudia ere desberdina da, fiskalitatea foru ogasunetan oinarritzen baita, hau da, Lurralde Historiko bakoitzak fis-

kalitateari buruzko legeria onartzeko eta honek arautzen dituen zergak biltzeko eskumena du. Foru ogasunak hainbat partaide ekonomikorekin ditu harremanak, eta zerga ugari arautzen ditu, zuzenak nagusiki, baina ikerketaren bidea jarraituz, Oinordetza eta Dohaintzen Zerga (aurrerantzean ODZ) aztertuko da, gaitasun mugatua duten pertsonen berezitasunak jasoz eta Bizkaiko ogasunaren araudia kontuan hartuz.

ODZ hainbat arauen bidez erregulatu izan da, baina gaur egun indarrean dagoen arau nagusia Oinordetzen eta Dohaintzen gaineko Zergari buruzko martxoaren 25eko 4/2015 foru araua da⁶⁶, beste bi arauen bidez osatzen dena: 10/2013 foru araua⁶⁷ eta Bizkaiko Foru Aldundiaren 58/2015 foru dekretua⁶⁸. Arau hauek erregulatzen duten zerga egitatea oinordetzan edo dohaintzan kosturik gabe lortutako ondare gehikuntzak dira. Jarraian azalduko da alde batetik ODZren arauketa orokorra, oinordetza erakunde desberdinen berezitasunen aipamenarekin, eta bestetik Bizkaiko fiskalitateak oinordetzen arloan gaitasun mugatua duen pertsonaren aldeko onurak edo berezitasunak.

Zerga honen aplikazio esparrura biltzen dira, ohiko bizilekua EAEn duen kausatzailearen *mortis causa* izaerako negozio juridikoen eskualdaketak, EAEn dauden ondasunen eta honen gaineko eskubideen dohaintzak, eta ohiko bizilekua EAEn duen dohaintza emaileak buruturiko dohaintzak. *Mortis causa* izaerako negozio juridikoetan zentratuz, arauak

⁶⁶ Oinordetzen eta Dohaintzen gaineko Zergari buruzko martxoaren 25eko 4/2015 foru araua. BAO apirilak 1ekoa.

⁶⁷ 10/2013 foru araua, abenduaren 5ekoa. Honen bidez, aldatu egiten dira oinordetza eta dohaintzen gaineko zergari buruzko 1989ko otsailaren 15eko 2/1989 Foru Arauko Testu Bategina eta ondare Eskualdaketen eta Egintza Juridiko Dokumentatuen Gaineko Zergari buruzko 2011ko martxoaren 24ko 1/2011 Foru Araua. BAO Abenduaren 13koa.

⁶⁸ Bizkaiko Foru Aldundiaren 58/2015 foru dekretua, apirilaren 21ekoa. Honen bidez, Oinordetza eta Dohaintzen gaineko Zergari buruzko Erregelamendua onesten da. BAO Apirilaren 27koa.

kontuan hartzen ditu jarauntsiak, legatuak, *mortis causa* dohaintzak, oinordetza itunak eta egintza analogoak.

Aurretiaz aztertutako erakundeetan sakonduz, fiskalitate berezitasunak dituzten hiru oinordetza mota aztertuko dira, OCINA AGIRREK defendatutako interpretazioa jarraituz⁶⁹: ordezpenak, komisario bidezko testamentua eta oinordetza itunak. Ordezpenekin hasiz, onbidezko ordezpenean ulertuko litzateke zergaduna ordeztuaren oinordea dela, beraz zergaren zenbatekoa kalkulatzeko senidetasun aplikagarria ordeztuaren eta honen oinordearena izango litzateke, testamentugilea ordeztuaren aurrekoa izan arren. Aldiz, fideikomiso bidezko ordezpenean zergaren kalkulari begira aplikatu beharreko senidetasuna kausatzailearena eta fideikomisodunarena izango litzateke, fiduziarioa gozamen-dun hutsa dela ulertuz; baina irizpide hau aldatuko litzateke gaitasun mugatua duten fiduziarioen kasuan, azaldu den bezala hauek ondarearen gaineko xedapen eskubidea dutelako onartu den 8/2021 legearen arabera. Beraz, ordezpen mota honetan gaitasun mugatua duen pertsonak izango zuen karga fiskala.

Komisario bidezko testamentuarekin jarraituz, oinordetza mota honetan honako likidazio hauek egin beharko dira, bat kausatzailea hil eta berehala, komisarioak ez ukituriko jarauntsiaren zenbatekoaz, eta bestea ahalordearen oinordetza-jardun ezeztazineki edo beste edozein arrazoia dela bide ahalorde hori azkentzearen ondorioz eratorritako eskuratzeei dagozkienak. Honi begira, zerga likidatzeko eta zerga-oinarrirako aurreikusten diren murrizketak aplikatzeko pilatu egingo dira ondorengo bati dagozkion eskuraketa guztiak. Horrela, testamentu-ahalordea guztiz edo partez erabiltzearen edo hura iraungitzeko gainerako arrazoiaren ondorioz ondorengo bati kausatzaile berarengandik datozkion jarauntsiko eskuraketa guztiak eskuraketa bakartzat joko dira zerga likidatzeko; hori dela

⁶⁹ OCINA AGIRRE, R. *Curso impuesto sobre sucesiones y donaciones* Bilbo, Deustuko Unibertsitatea, 2020.

eta, zerga-kuota kalkulatzeko, zerga-oinarri guztiak batuko dira, eta araututako zerga-oinarriaren murrizketen artetik aplikatu beharrekoak behin bakarrik aplikatuko dira. Beraz gaitasun mugatua duen oinordeari begira honen alde burututako eskualdatze guztiak metatuko lirateke, likidazio bakarra eginez, eta aurrerako azaltzen den onura aplikatuz.

Azkenik oinordetza itunei dagokionez, foru arau honen ekarpen nabarmenetako bat administrazioaren jardunean erabat errotuta dauden irizpide batzuk biltzea izan da, batez ere, EZZk berezko duen oinordetza itunaren erakundeari buruzkoak. Arauaren arabera, oinordetza itunak ikuspuntu fiskaletik oinordetza erakunde legez kontuan hartzeko, ondasun berezi baten titulartasuna esleitzea suposatuta behar du, esleipen hori ondasun xedapen zabalago baten parte bada, non gutxienez beste elementu bat egon behar den oinordeko izendapenari lotuta tresna itundu batean. Baldintza hau bete ezean, dohaineko eta *inter vivos* oinordetza ituna negozio juridikotzat hartuko da, salbu eta titulartasuna esleitzen deneko ondasun berezia izendatzailearen ondareko elementu bakarra bada. Oinordetza itun izaera izanez gero, honi oinordetza arruntaren sortzapen eta likidazio arauak aplikatu zaizkio.

Gaitasun mugatua duen oinordea zergaduna denean, araudi fiskalak honen aldeko manu zehatza jasotzen du⁷⁰, senidetasun harremanak suposatzen duen murrizketekin batera hurrengo arautuz; eskuratzailleek gaitasun mugatua badute edo mendekotasun egoeran badaude, ehun mila euroko murrizketa aplikatuko litzateke, kontuan hartu gabe zer murrizketa duten kausatzailearekiko senidetasunaren arabera. Hortaz, esan daiteke oinordetzari begira, arauketa fiskalak ez duela prozedura berezik aurreikusten gaitasun mugatua duten pertsonari begira, gaur egungo legeriaren eraginez; hau da, zuzenbide erkidearen arabera gaitasun mugatua

⁷⁰ Oinordetzen eta Dohaintzen gaineko Zergari buruzko martxoaren 25eko 4/2015 foru araua. BAO apirilak 1. 43.1 art.

duen pertsonak ezin badu kasu askotan bere kabuz testamentua egiletsi edo jarauntsia onartu, araudi fiskalak ez du kontuan hartzen gizatalde hau oinordetzari buruzko ondore fiskalei begira. Momentuz subjektu honekiko babes fiskala bestelako esparruetan nabarmentzen da, hala nola, Pertsonen Fisikoen Errentaren gaineko Zergan, bai gaitasun mugatuei duten pertsonari bai honen babes erakundearen diren arduradunei begira. Dena dela, ikerketan zehar aztertu den bilakaera aurrerakoia eta onartu berria izan den legea kontuan hartuta, honen eragina esparru fiskalera heltzea espero da.

V. ONDORIOAK

Sarreran aurkeztu den bezala, ikerketa honen helburua EZZean arautzen diren oinordetza erakundeak aztertzea izan da, gaitasun mugatua duen pertsonaren oinordetza eskubideen babesaren ikuspuntutik. Edu honetan bi gaiak uztartu nahi izan dira, gaitasun mugatua duen pertsonen eskubideen bermea eta honen guraso edo tutoreek hauen ondare babesari begira burutu ahal dituzten oinordetza xedapenak azaleratzeko, hain zuzen ere. EZZ eta zuzenbide erkidea kontuan hartuta, eta jadanik azaldutako ikuspuntuetan oinarrituz, ikerketa honek hurrengo ideiak ondorioztatzen ditu:

LEHENA.- Oinordetza erakunde orotan aipatu den moduan, EZZri buruzko lege barriak onura handia suposatu izan du oinordetzaren esparruan, honen aplikazioa EAE osora hedatu delako, beraz Euskadiko zuzenbide propioak eskaintzen dituen oinordetza aukerak euskal auzotasuna duen pertsona orori zabaltzen zaizkio; betiere kontuan hartuz tokian tokiko berezitasunak hala nola tronkalitatea Bizkaiko lur lauan, Laudion eta Aramaion. Zabaltze honek lurralde historikoen arteko desberdintasunak leuntzen ditu, euskaldun oro ahalbidetuz euskal lurralde zehatze-

tan ohikoak diren egintzak burutzeraz, hala nola, komisario bidezko testamentua, honek suposatzen dituen abantaila eta aukera guztiekin.

BIGARRENA.- Gaitasun mugatua duten pertsonen eskubideen defentsaren bilakaera nabarmena izan da azken hamarkadetan, subjektu honen gizarteratzea onartu duena hainbat esparrutan, lan arloan batez ere. Era berean, hauen eskubide zibilen arloan korrante aurrerakoia gailentzen ari da, hauen babes eta aldarrikapena sustatzen baita gero eta gehiago. Babes eta aldarrikapen honen oinarria gaitasun mugatua duen pertsonak bere gaitasun juridikoa egikaritzeko autonomiaren ekimena da, pertsonak diren heinean haien eskubideen egikaritza askea defendatzen baita. Autonomia honen defentsa Nazio Batuen Erakundearen ekimenak eratorritako lege ekimenen bidez bermatzen da, Espainiako Estatuan gertatu den bezala, non pertsona ezgaituek haien gaitasun juridikoa gauzatzen laguntzeko legea onartu den. Legegilearen ekimen honek gizatalde honen aldeko oreka ekarriko du, alde batetik horien autonomia juridikoa sustatuz eta bestetik babes erakundearen eragingarritasuna bermatuz. Dena dela, gaitasun mugatua duten pertsonen aldeko bidea ez da hemen amaitu behar, haien alde egin behar da esparru guztietan, babesarekin batera haien pertsona duintasuna lortzeko. Pertsona hauek gizarteko partaideak dira eta ezin dira alde batera utzi.

HIRUGARRENA.- Euskadik historikoki izan dituen eskubideak oinarritzen duten zuzenbide propioak hainbat berezitasun eta aukera eskaintzen dizkio euskal auzotasun zibila duten pertsona guztiei, beraz kausatzaileek zuzenbide erkidean jasotakoez gain beste oinordetza modu batzuk hautatu eta burutu ahal ditu. Hala ere, berezitasun hauek arazo batzuk suposatu dezakete, EZZk ez baitu zuzenbide erkideak arautzen dituen gai guztiak jasotzen. Ikerketan zehar agerian geratu den bezala, EZZk ez ditu gaitasunari buruzko manu berezirik jasotzen, hots zuzenbide ordeztaila aplikatuz, gaitasunari buruzko erregulazioa Espainiako KZean jasotzen

da. Zuzenbide bien arteko beharrezko harreman horrek kasuan kasu arazoak sortu ahal ditu, EZZri buruzko legearen edota aurretiaz aztertutako bestelako foru zuzenbideen legeen eta KZren helburuak desberdinak direlako. Ondorioz, etorkizunera begira aberasgarria izango litzateke ordenamendu juridikoen aniztasuna mantentzea, baina interpretazio irizpide argiak aplikatuz, batez ere gizarteko partaide zaurgarrii begira, gaitasun mugatua duten pertsonak besteak beste.

LAUGARRENA.- EZZean jasotako oinordetza erakundeen aniztasunak onura ugari planteatzen ditu gaitasun mugatua duten pertsonari begira, batez ere gizatalde honetako partaideak ondorengo edo oinorde izaera dutenean. Kasu askotan gertatzen den bezala, gaitasun mugatua duen seme-alabaren bat duten gurasoen ardura nagusia, hauek hiltzean ondorengo horrek behar duen babes pertsonala eta ondare babesba da. Babes pertsonala zuzenbide erkideak arautzen dituen babes erakunde desberdinen esku utziz, ondare babesba bermatzeko oinordetza erakunde berezi hauek oinarritzko eginkizuna dute, batez ere aurreko atalean zerrendatutako erakundeen bidez; testamentu mankomunatua, komisario bidezko testamentua, eta oinordetza itunenak, bakoitza bere berezitasun eta ez-augarriekin. Jadanik azaldu den bezala, oinordetza bide hauetan gurasoek ondorengo horren ondare babesba berma dezakete, erakunde horien bidez adostutako xedapenak aldatzea oinordetza arruntean baino konplexuagoa baita, honek babesaren helburua ahalbidetzen du nahiz eta kausatzaileak etorkizunean berriz ezkondu edota seme-alaba gehiago izan. Gainera erakunde hauek suposatzen duten abantaila ugari horien eragingarritasuna indartzeko, gaitasun mugatuaren alde dagoen autonomia korrontea funtsezkoa da, ikerketaren oinarrietako bat izan den pertsona ezgaituek haien gaitasun juridikoa gauzatzeko laguntzeko 8/2021 legea kontuan hartuz. Aipamen berezi legez, eta komisario bidezko testamentuan ardaztuz, erakunde hau bereziki interesgarria izango litzateke, batez ere gaitasun

mugatua duten pertsonen jarduteko autonomiaren bilakaera kontuan hartuta. Eskubideen egikaritza autonomoaren testuinguru honetan, gaitasun mugatuaren maila kasuan kasu kontuan izanik, komisarioak “parakuradoretza” izaera izan dezake, ondorioz bere zeregina gaitasun mugatua duen oinordeko horrek beharrezkoa duen laguntzara mugatuz.

BOSGARRENA.– Amaitzeko, ikerketa guztian zehar begi-bistan utzi dira EZZk gaitasun mugatua duten pertsonen oinordetza eskubideetan suposatzen dituen onura eta abantailak, baita ere gizatalde honetako partaideen beharrezko autonomia eta eskubideen errespetatze arloan. Baina, harreman honen eragingarritasunaren gakoa aukera hauen zabalkundea da, alde batetik euskal auzotasun zibila duten pertsonen haien eskubide eta aukerez jakitun izateko, eta bestetik gaitasun mugatua duten pertsonen eskubideen babesa zabaltzeko. Ondorioz, zuzenbide propioaren errotzea eta gaitasun mugatua duen pertsonaren gizarteratzea lortuko litzateke, honek suposatzen dituen gizarte bilakaera onuragarriekin.

Laburbilduz, EZZk arautzen dituen erakundearen erabilera sustatu behar da, hauek gure gizartean behar izanean dauden esparruen ongizatea ahalbideatzeko, hala nola gaitasun mugatua duten pertsonen ondare babesa oinordetza erakunde propioetaz baliatuz; begi-bistan izanik momentu orotan gizatalde honen kideek duten autonomia beraien eskubideak egikaritzeko. Beraz, ikerketa honek berriz frogatu du zuzenbidearen garapena gizartearen bilakaera aurrera eramateko tresna edo biderik egokienetarikoa dela.

VI. BIBLIOGRAFIA

1. Bibliografia

Liburuak

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.; GALIZIA AIZPURUA, G.; GIL RODRÍGUEZ, J.; HUALDE SÁNCHEZ, J. J. eta IMAZ ZUBIAUR, L. *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco. Bases para un nuevo régimen*. Bilbo: Euskal Herriko Unibertsitatea, 2011.

CELAYA IBARRA, A. *Ley sobre Derecho Civil Foral del País Vasco*. Madril: Edersa argitaletxea, 1997.

FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. J. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*. Bilbo: Zuzenbidearen Euskal Akademia, 2014.

GIL RODRÍGUEZ, J. eta GALICIA AIZPURUA, G. *Manual de Derecho Civil Vasco*. Bar-tzelona: Atelier argitaletxea, 2016.

LEÑA FERNÁNDEZ, R. *Discapitados y testamento*. Madril: La Llave argitaletxea, 2004.

OCINA AGIRRE, R. *Curso impuesto sobre sucesiones y donaciones*. Bilbo: Deustuko Unibertsitatea, 2020.

URRUTIA BADIOLA, A. M. *Familia eta oinordetza zuzenbidea*. Bilbo: Zuzenbidearen Euskal Akademia, 2019.

Liburuen atalak

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. “Título II. De las sucesiones paccionadas” Ondoko lanean: DELGADO ECHEVERRIA J. (koord.) *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*. Zaragoza: Aragoiko Gobernu, 2013. 567-577 or.

GIL RODRÍGUEZ, J. “El Testamento Mancomunado Vasco, en perspectiva de unificación” Ondoko lanean: BLASCO GASCÓ, F. (koord.) *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Balentzia: Tirant lo Blanch argitaletxea, 2011. 1209-1237 or.

GOROSTIZA VICENTE, J. M. “Sección tercera. De la troncalidad en Bizkaia, Aramaio y Llodio” Ondoko lanean: URRUTIA BADIOLA, A. M. (koord.) *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, del 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madril: Dykinson argitaletxea, 2020. 531-570 or.

LLEDÓ YAGÜE, F. “Capítulo segundo. De las limitaciones a la libertad de testar”. Ondoko lanean: URRUTIA BADIOLA, A. M. (koord.) *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, del 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madril: Dykinson argitaletxea, 2020. 457-474 or.

OÑATE CUADROS, F.J. “Capítulo tercero. De los pactos sucesorios” Ondoko lanean: URRUTIA BADIOLA, A. M. (koord.) *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, del 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madril: Dykinson argitaletxea, 2020. 783-801 or.

TENA PIAZUELO, I. “Sección tercera. De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad” Ondoko lanean: URRUTIA BADIOLA, A. M. (koord.) *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, del 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madril: Dykinson argitaletxea, 2020. 333-349 or.

URRUTIA BADIOLA, A. M.^a. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario” Ondoko lanean: URRUTIA BADIOLA, A. M.^a. (koord.) *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, del 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madril: Dykinson argitaletxea, 2020. 333-349 or.

Artikuluak

BARRANCO, C., CUENCA, P., eta RAMIRO, M. A. “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad” *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V*, 2012ko ekaina 53-80 or.

BLÁZQUEZ MARTÍN, R. “El tratamiento de la discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo” *Revista La Ley*, 2018ko urria, 15141/2018 zkia.

BOSCH CAPDEVILLA, E. “La compilación del derecho civil especial de Cataluña: Génesis, significado y ¿defunción?” *Revista Ius Fugit*, 2010, 181-198 or.

CELAYA IBARRA, A. “El testamento por comisario” *Anuario de Derecho Civil*, 1972ko martxoa, 25.liburukia, 3 zkia., 736 or.

GARCÍA RUBIO, M. P. “Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil” *Revista de Derecho Civil*, 2018ko iraila, V.liburua, 3.zkia. 173-197. or.

LLEDÓ YAGÜE, F. “La convención de Nueva York y la necesaria reformulación de la discapacidad”. *R.E.D.S.*, 2019ko urtarrila, 14 zkia. 140-147 or.

MONREAL ZIA, G. “Foruak ezeztatzeko 1876ko uztailaren 21eko Legea (aurrekariak eta Kongresuan izaniko izapidetzea)”. *Revista Iura Vasconiae*, 2013ko abendua, 10/2013 zkia., 39-192 or.

PEREÑA VICENTE, M. “El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado” *Revista La Ley*, 2004ko otsaila, 228/2004 zkia.

TENA PIAZUELO, I. “La sucesión por testamento mancomunado o de hermandad en el nuevo Derecho Civil Vasco”. *Revista de Derecho Civil*, 2019ko iraila, VI liburua, 4 zkia., 45-88 or.

URRUTIA BADIOLA, A. M^a. “Nota breve sobre capacidad y Derecho Civil Vasco” *JADO. Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, 2016ko urtarrila, 27 zkia., 615-627 or.

Erakunde txostenak

BOTERE JUDIZIALAREN KONTSEILU OROKORRA. *Código de la discapacidad*. Madril: EAOeko Estatu Agentzia, 2021.

GORABIDE: Adimen desgaitasuna duten pertsonen aldeko elkarte bizkaitarra. *Adimen desgaitasuna zifretan*. Bilbo: 2019.

2. Legeria

Estatu mailako legeria

- Espainiako Konstituzioa. EAO, 1978ko abenduaren 29koa, 311 zkia.
- 2006ko abenduaren 13an New Yorken ospatutako konbentzioaren berrespena, non pertsona ezgaituen eskubideak hitzartzen diren. EAO, 2008ko apirilaren 21ekoa, 96 zkia.
- 3/1979 Lege Organikoa abenduaren 18koa, Euskal Autonomia Erkidegoko autonomia estatutuari buruzkoa. EAO, 1979ko abenduaren 22koa, 306 zkia
- 8/2021 Legea, 2021eko ekainaren 2koa, legedi zibila eta prozesala aldatzen duena pertsona ezgaituek haien gaitasun juridikoa gauzatzen laguntzeko. EAO, 2021eko ekainaren 3koa, 132 zkia.
- 20/2011 Legea, uztailaren 21ekoa Erregistro Zibilari buruzkoa. EAO, 2011ko uztailaren 22koa, 175 zkia.
- 41/2003 Legea, azaroaren 18koa, desgaitasuna duten pertsonen ondare babesari buruzkoa. EAO, 2003ko azaroaren 19koa, 277 zkia.
- 13/1983 Legea, urriaren 24koa, Kode Zibilaren erreformari buruzkoa tutoretza arloan. EAO, 1983ko urriaren 26koa, 256 zkia
- Notariotza Legea. Gaceta de Madrid, 1862ko maiatzaren 29koa, 149 zkia.
- Kode Zibila argitaratzeko Errege Dekretua. Gaceta de Madrid, 1889ko uztailaren 27koa, 206 zkia.
- 1946ko otsailaren 8ko Dekretua , Hipoteka Legearen idazkera ofizial barria onartzen duena. EAO 1946ko otsailaren 27koa, 58 zkia.
- 2003ko otsailaren 18ko Erregistroaren eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren ebazpena. EAO, 2003ko martxoaren 12koa, 61 zkia.

Legeri autonomikoa

- 5/2015 legea, ekainaren 25ekoa. Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa. EHAA 124 zk. 2015eko uztailaren 3koa.
- 1/2011 Legegintza Dekretua, martxoaren 22koa, Aragoiko Zuzenbide Foralaren Kodea onartzen duena. AAO 67 zk. 2011eko martxoaren 29koa.
- 10/2008 legea, uztailaren 10ekoa, Kode Zibilaren laugarren liburukoa, oinordetzei buruzkoa. KAO 5175 zkia. 2008ko uztailaren 17koa
- 2/2006 legea, ekainaren 14koa, Galiziako Zuzenbide Zibilari buruzkoa. GAO 124 zkia. 2006eko ekainaren 29koa.
- 1/1973 Legea, martxoaren 1ekoa Foru Zuzenbide Zibilari buruzko Konpilazioa edo Nafarroako Foru Berria onartzen duena. EAO 57 zkia. 1973ko martxoaren 7koa

Bizkaiko Lurralde Historikoko Foru Arauak

- Oinordetzen eta Dohaintzen gaineko Zergari buruzko martxoaren 25eko 4/2015 foru araua. BAO apirilak 1
- 10/2013 foru araua, abenduaren 5ekoa. Honen bidez, aldatu egiten dira oinordetza eta dohaintzen gaineko zergari buruzko 1989ko otsailaren 15eko 2/1989 Foru Arauko Testu Bategina eta ondare Eskualdaketan eta Egintza Juridiko Dokumentatuen Gaineko Zergari buruzko 2011ko martxoaren 24ko 1/2011 Foru Araua. BAO Abenduaren 13koa.
- Bizkaiko Foru Aldundiaren 58/2015 foru dekretua, apirilaren 21ekoa. Honen bidez, Oinordetza eta Dohaintzen gaineko Zergari buruzko Erregelamendua onesten da. BAO Apirilaren 27koa.

Podereb testatorios y discapacidad en Derecho Civil Vasco

JESÚS J. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ

Doctor en Derecho y Abogado

Zuzenbideko doktorea. Abokatua

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 12/12/2021

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 6/07/2022

Resumen: La trasposición al ordenamiento jurídico español de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 mediante la Ley 8/2021, de 2 de junio, supone la correlativa adaptación de la sucesión por Comisario sujeta a la Ley de Derecho Civil Vasco, pero también realza esta institución como útil para proteger al discapaz.

Palabras clave: poder testatorio; discapacidad.

Testamentu-ahalordeak eta desgaitasuna Euskal Zuzenbide Zibilean

Laburpena: Desgaitasuna duten pertsonen eskubideei buruzko Hitzarmena, 2006ko abenduaren 13an New Yorken egina, Espainiako ordenamendu juridikora sartu da ekainaren 2ko 8/2021 Legearen bitartez. Ildo horretatik, Euskal zuzenbide zibileko Legean ere komisario bidezko oinordetza egokitu behar da baina, aldi berean, oinordetza mota horren baliagarritasuna agerian uzten du desgaitasun babesteko orduan.

Gako-hitzak: testamentu-ahalordea; desgaitasuna.

Testatory powers and disability in Basque Civil Law

Abstract: The transposition to Spain's internal regulation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities adopted on 13 December 2006 through the Law 8/2021, on 2 June, imposes the adaptation of the Power of appointment under the Basque Civil Law, but also highlights this institution as useful to protect the person with disabilities.

Key words: power of appointment, disability.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. EL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL TESTAMENTO Y SU ALCANCE. II.- DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EL CAUSANTE. III.- DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EL COMISARIO. IV.- DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. LOS SUCESORES. V.- DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. REQUISITOS OBJETIVOS. VI.- DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EFECTOS PENDIENTE SU EJERCICIO. VII.- DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EXTINCIÓN.

I. INTRODUCCIÓN. EL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL TESTAMENTO Y SU ALCANCE

La Ley 5/2015 (Parlamento Vasco), de 25 de junio de Derecho Civil Vasco –LDCV– instaura por primera vez un mínimo común denominador del Derecho civil aplicable en la Comunidad Autónoma del País Vasco, que es fundamentalmente, un Derecho sucesorio.

Frente al carácter personalísimo, indelegable, de la ordenación de la sucesión testamentaria en Derecho común (art. 670 CC), la LDCV conserva y refuerza el poder testamentario que arranca del Fuero Viejo de 1452, continúa en el Fuero Nuevo de 1526, sigue en la Compilación y en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco y que extiende la LDCV a todo el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

No hemos de perder de vista que la aplicación supletoria del Derecho Común (art. 4.3 CC, art. 3 LDCV) nos lleva a que fuera de los cauces expresamente previstos en dicha LDCV no se va a permitir lo prohibido en el art. 670 CC que debemos traer a colación: "El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente".

1.- "El testamento es un acto personalísimo", lo que en palabras de LACRUZ¹ supone que la voluntad manifestada en él debe ser la del testador y no la de otro, por lo que añade "Tampoco permite, sin duda, la asistencia a personas de capacidad limitada: en tema de ordenación de últimas voluntades, ni se requiere complemento de capacidad, ni aun se tolera, pasándose

¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis. En José Luis Lacruz y Fco. de Asís Sancho, *Derecho de sucesiones*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 707.

de la ineptitud absoluta a la capacidad plena, sin estadios intermedios. Es improbable la validez de un testamento que se hiciera con tal asistencia”.

2.- “no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero”. Se excluye en palabras de dicho autor toda colaboración directa de un tercero con la voluntad del testador, no así el consejo y ayuda extraños en la preparación del acto de testar. O, en palabras de PUIG PEÑA,² se excluye la *actuación no autónoma*, esto es, “cuando el tercero interviene en el mismo sentido del testador ayudándole a la ordenación no puede decirse que esté prohibido” y cita la posibilidad legal de que el testamento cerrado pueda ser escrito por un tercero, la intervención de testigos en el testamento del ciego, la cooperación pre testamentaria que pueden hacer los familiares e incluso el mismo Notario, los terceros intervienen, “como decimos, en el mismo sentido del testador y vienen a actuar como una especie de auxiliares del otorgamiento (...) aunque naturalmente pueda mediar como antecedente de la ordenación determinados consejos o apuntes morales de terceras personas siempre que los mismos no interfieran la espontaneidad y libertad de la manifestación de voluntad”.

Precisamente por ello, en el otorgamiento del testamento no cabe la *heteronomía*, el efecto característico que la representación legal supone, la necesaria imposición de la voluntad del representante a propia del representado³ de modo que la primera es la única que puede emitir declaraciones que vinculen a aquél, sin que la suya propia le vincule.

² PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo I. *Sucesiones*. Vol. I. *Teoría general de sucesiones*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pp. 205 y 206.

³ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo I. *Sucesiones*. Vol. I. *Teoría general de sucesiones*, obra cit., pp. 204: “Dos supuestos distintos comprende este primer párrafo del art. 670 relativo a la confección del testamento: la sustitución en la declaración y la representación de la voluntad del testador por una tercera persona. La personalidad del acto impide que un extraño nos sustituya en nuestra emisión de voluntad”.

No obstante, se apuntaban como excepciones clásicas la sustitución pupilar y ejemplar previstas en los art. 775⁴ y 776⁵ CC. Un sector de la Doctrina⁶ y la Jurisprudencia entiende que cuando el ascendiente hace testamento por el sustituido menor o incapaz, los sustitutos designados por aquél heredan a dicho sustituido en todos los bienes de éste, no sólo respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz, por lo que es evidente el juego de la representación. En la segunda concepción no hay delegación alguna en la ordenación de la sucesión, puesto que el ascendiente sustituyente u ordenante, regula la suya propia, el destino de sus propios bienes, siempre para el caso que el sustituido le sobreviva⁷.

La derogación del art. 776 CC por la Ley 8/2021 refuerza la percepción de que constituía una representación legal *heteronómica* otorgada por la ley a favor del ascendiente del incapaz, por lo que dicha opinión sigue siendo válida, con más fuerza, si cabe, respecto de la sustitución ejemplar (art. 775 CC). En fin, la D.T^a.4^a de dicha Ley 8/2021 muta la sustitución

⁴ Art. 775 CC “Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad”.

⁵ Art. 776 CC “El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón”.

⁶ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo I. *Sucesiones*. Vol. I, *Teoría general de sucesiones*, obra cit., pp. 204. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*. Tecnos, Madrid, 1992. ISBN: 84-309-2258-X, pp. 35. ALBALADEJO GARCÍA, José Luis. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo X, vol. 2. EDERSA, Madrid, 1984. ISBN 84-7130-462-7 - ISBN 84-7130-216-0, pp. 52. Cfr. STS, Sala 1^a, de 07-11-2008 (Ponente Gullón Ballesteros), STS, Sala 1^a, de 14-04-2011 (Ponente O’CALLAGHAN MUÑOZ) y la RDGRN de 10-05-2018.

⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis. En José Luis Lacruz y otros, *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*. Bosch, Barcelona 1981. ISBN 84-7294-145-0, pp. 362. Cfr. RDGRN de 06-02-2003.

pupilar para los sustituidos fallecidos tras la entrada en vigor de la misma (03-09-2021), de modo que no suple el testamento del discapaz/sustituido, y se muta *ope legis* por una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida.

3.- “ni hacerse por medio de comisario o mandatario”

3.1. *No cabe la figura del apoderado, comisario ni mandatario.* DÍEZ-PICAZO⁸ identifica *comisarios*, como los dotados de un poder testamentario que haya de cumplirse o ejecutarse post mortem; *mandatarios*, los que tienen un poder o un mandato que haya de cumplirse ante mortem; ni tampoco los *arbitradores* quienes puedan integrar o rellenar las lagunas o las remisiones de la declaración de voluntad del propio testador, esto último con la excepción que permite el art. 671 CC⁹.

3.2. *No cabe la figura del heredero de confianza*, prohibida por el art. 785.4º CC conforme al cual no surtirán efecto las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los

⁸ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1979. ISBN: 84-7398-086-7, pp. 89.

⁹ La referencia del art. 670 CC al “arbitrio”, no sólo a la nuda voluntad de un tercero, sino como se infería de la redacción del art. 831 CC anterior a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, dejar a un “hombre bueno” o arbitrador una suerte un arbitrador que a partir de la voluntad de ordenar la sucesión expresada por el testador, de a ésta el último impulso, elección de sucesores finales entre cierto elenco o de sus partes respectivas, ejecutando lo que en técnica actual y jurídico-administrativa denominaríamos un “acto debido” (“en cuanto que necesariamente «debe» otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable” que sería el deseo del testador, lo que recortaría las posibilidades de elección en términos de personas, objeto y tiempo de ejercicio) que permitiría disposiciones tales como la selección de sepultura; elección entre personas de clases determinadas (p.ej. los pobres), mejora o señalamiento de legados, pero no la institución, pervivencia o sustitución de la institución de heredero.

aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador. Y en dicha desconfianza están prohibidas las *memorias testamentarias* (art. 672 CC).

3.3. *Ni siquiera cabe la figura del nuntius* o mero mensajero¹⁰, si bien cabe en ciertos testamentos especiales¹¹ personas que recogen la expresión verbal de la última voluntad y la trasladan luego a un documento o a un funcionario, que la legislación llama en puridad testigos (Cfr. testamento “hil buruko”, art. 23 y ss. LDCV y testamentos en peligro de muerte, art. 700 y 720 CC).

4.- El carácter personalísimo de la aptitud para testar se da, tanto en el aspecto positivo o activo, como en el pasivo “Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios” según el propio art. 670 CC, ni aun de modo condicionado a la voluntad de un tercero (art. 792 CC).

5.- Tampoco se le puede dejar a un tercero la facultad distributiva, o sea, “la designación de las porciones en que hayan de suceder” cuando los herederos sean instituidos nominalmente (art. 670, pfo. 2º CC). Como clásicas excepciones se citan *la fiducia sucesoria* del art. 831 CC y el art. 671 CC¹² (que se entiende como sólo la autorización de

¹⁰ Excepciones en Derecho autonómico son: ley 282 CDCFN Navarra. Para pactos sucesorios se admite el “nuntius” o mensajero en art. 73 y ss. CDCBaleares, art. 431-7.3 CCCataluña y art. 212 LDCGalicia.

¹¹ Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 90.

¹² Art. 671 CC. “Podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse”. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. *Designación de sucesor*

distribución de especie entre los legatarios y no entre herederos). Las *disposiciones del causante a favor del alma y obras pías* (art. 747 CC) no son propiamente una excepción¹³.

Como primera conclusión, entendemos que el art. 30 LDCV es una enmienda a la totalidad del art. 670 CC al decir “El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan

a través de tercero, obra cit., pp. 109: a) para MANRESA y Díez-PICAZO el art. 670 CC sólo proscibiría la elección por tercero entre los designados nominalmente, mientras que el art. 671 CC permitiría tal designación únicamente entre las de una clase. b) Para LACRUZ y ROCA SASTRE se trata de una sucesión “mortis causa”, pero sólo a título particular. Ésta parece ser la opinión aceptada en nuestra doctrina, siendo fundamento de ello el que en el precepto se hable de “cantidades”.

¹³ Art. 747 CC: “Si el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia”. No son propiamente una excepción como defendió de modo brillante GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo X, Vol. 1º. EDERSA, Madrid, 1987. ISBN 84-7130-572-0-ISBN 84-7130-216-0, pp. 39. Rechazada la antigua Jurisprudencia que consideraba que el alma era heredera, hay autores que defienden que es una institución o legado “sub modo”, rechazable como los que lo explican como una sustitución fideicomisaria porque no hay intermediario en la transmisión, aunque alguna antigua RDGRN permitía la inscripción de inmuebles a favor del albacea. Y concluye: “En mi opinión, queda suficientemente señalado el sentido del artículo 747 del Código civil, que incluido entre las «formas genéricas de instituir herederos, la verdad es que no es otra cosa que la previsión legal, limitada de manera exclusiva para el caso que el precepto recorta, en cuanto al destino de un patrimonio (en todo o en parte) que al hacerlo el testado indeterminadamente y sin especificar su aplicación, la propia Ley suple, con independencia de que se les llame «sucesores sui generis» o beneficiarios con carga modal”. A partir de ahí el albacea no tiene la *institutio*, sino la mera *executio* consistente en dos funciones sucesivas: a) vender los bienes, y b) distribuir su importe en la forma que la Ley le señala.

en orden a la transmisión sucesoria de los mismos”, complementado con el art. 33.1 LDCV (“El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testamentario, que no podrá modificar bajo ningún concepto; y, en su defecto, tendrá todas las facultades que correspondan al testador según esta ley y el derecho supletorio”). Aunque es más que dudosa que suponga prohibición de dejar la subsistencia de las instituciones ordenadas por el causante al arbitrio de un tercero pues el art. 33.1 LDCV sólo prohíbe modificar el poder testamentario “bajo ningún concepto”, no el testamento.

II. DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EL CAUSANTE

Hay tres tipos de personas afectadas por el poder sucesorio: el causante o comitente, el comisario y el sucesor. El causante es aquélla persona de cuya sucesión se trata (art. 17 LDCV, art. 657 CC), quien otorga el poder testamentario, para lo que ha de estar autorizado por ley para poder otorgar el poder testamentario, legitimación (cfr. art. 10 LEC) y tener la capacidad precisa al efecto (art. 29 y 662 ss. CC).

1. Legitimación. Entiende la Doctrina unánimemente¹⁴ que el poder testamentario no es una forma de testar, no le es aplicable el art. 11 CC,

¹⁴ CELAYA IBARRA, Adrián. *Vizcaya y su Fuero Civil*. Aranzadi, Pamplona, 1965. ISBN 978-84-7016-021-9, pp. 275. ASTORQUI (de) ZABALA, Antonio. *Introducción al Derecho Civil de Vizcaya y Álava*. Aranzadi, Bilbao, 1964, pp. 94. TAPIA PARREÑO, José Jaime. “Ámbito de aplicación territorial y personal del derecho civil vasco”. En *Derecho Civil Foral Vasco*, CGPJ y Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1995. ISBN 84-88577-06-0, pp. 92, quien cita la STS de 17-06-1957. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testamentario”, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9, pp. 143. URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”. En Andrés M^a Urrutia Badiola (coord), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmase-

estatuto formal, sino que es una cuestión relativa al estatuto personal del testador (art. 9.8 y 14 CC), por lo que se exige que el testador tenga vecindad civil vasca u otra que lo permita.

IRIARTE DE ÁNGEL y URRUTIA¹⁵, señalan como excepción el Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo que permite que una persona sin nacionalidad española ni vecindad civil vasca que pudiera otorgar poder testatorio, ora si ha efectuado “*professio iuris*” al efecto, ora por el criterio de residencia habitual, ora por el residual de proximidad del causante con determinado Estado. Añade OÑATE¹⁶ que “En el caso de españoles o extranjeros con doble nacionalidad, podrán optar por cualquiera de las leyes anteriores (art. 22.1.11 R. (UE) 650/2012)”.

da (dir.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 345. IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja. En “Disposiciones Preliminares (Artículos 17-18)”. En Andrés M^a Urrutia Badiola (Coord), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 227. GRANADOS DE ASENSIO, Diego María. “Disposición Transitoria Primera. Conflictos intertemporales”. En Andrés M^a Urrutia Badiola (coord), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 1124.

¹⁵ IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja. En “Disposiciones Preliminares (Artículos 17-18)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 30-40. URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a, “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 354.

¹⁶ OÑATE CUADROS, Fco. Javier. “Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103 En Andrés M^a Urrutia Badiola (coord), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 787.

En tal caso, la capacidad del causante se regirá no por su ley personal (art. 9.8 CC), sino por la ley aplicable conforme dicho Reglamento (UE) 650/2012, puesto que disponen sus art.24, 25 y 26.1.a) que esta ley regula los requisitos de validez de los pactos sucesorios y otros instrumentos regulatorios de la sucesión, entre ellos los de la capacidad del otorgante, si bien una modificación ulterior de la ley aplicable no afectará a su capacidad para modificar o revocar dicha disposición.

2. Capacidad, testamentaria y en general

2.1. *Situación hasta el 03-09-2021.* La capacidad por razón de la edad no ha variado, pues exige tener 14 años (art. 663.1º CC). Cumplida dicha edad, se exigía la *capacidad natural* para testar. De esta manera se distinguía (MORENO QUESADA)¹⁷ entre tres supuestos de incapacidad de hecho de los que nos importan aquí dos¹⁸:

¹⁷ MORENO QUESADA, Bernardo. “La edad de la persona”. En Fco. Javier Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la persona*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN 978-84-9876-917-3, pp. 100 y 101.

¹⁸ La tercera es el grupo de enfermedades o defectos físicos, que repercuten en que las personas que los padecen, y por razón de su enfermedad, no estén en condiciones de llevar a cabo determinados actos: por ej., testificar sobre hechos cuyo conocimiento dependa de la vista o del oído. Según dicho autor, la reacción del Ordenamiento ante esta circunstancia, es prohibir a los que padezcan tales enfermedades que lleven a cabo dichos actos. Así lo hacía el art. 681.2 CC que prohibía a los ciegos, y a los totalmente sordos, ser testigos en los testamentos otorgados por otras personas, con sanción de nulidad en caso de contravención (art. 687 y 743 CC), norma que ha sido suprimida por la Ley 8/2021. En cambio la idoneidad para ser testigos regulada por el art. 361 LEC no ha sido modificada: “Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos. Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente”.

2.2.1. *Perturbaciones mentales o psíquicas de carácter transitorio que, mientras duren, privan al que las padece del entendimiento y/o la voluntad necesarios para realizar eficazmente un acto jurídico*; tal es el caso de los que se encuentren antes del 03-09-2021 bajo los efectos de una embriaguez etílica, o de los efectos de la droga o del síndrome de carencia, o de la hipnosis, etc., en cuyos momentos ha de estimarse que, según la expresión del Código, “no se encuentran en su sano o cabal juicio”, ex art. 663.2º CC antes de la reforma del Código civil por la Ley 8/2021. Los actos efectuados en tales circunstancias pueden ser declarados nulos, pero una vez pasados los efectos de la perturbación, la persona de que se trate podrá, sin más, realizar válidamente cualquier tipo de acto que sea propio de su esfera de actuación.

2.2.2. *Enfermedades o defectos físicos o psíquicos de carácter permanente y de una entidad que impide al sujeto actuar con validez jurídica, por faltarle habitualmente la inteligencia y/o la voluntad necesarias*. Se manifestaba en la falta de capacidad judicialmente declarada o incapacitación definida por el art. 200 CC “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. En tales casos, el Ordenamiento considera que ha de adaptarse una medida duradera, que, además de proteger a la persona aquejada de ese padecimiento, evite la necesidad de recurrir a la anulación, dada su falta de suficiente juicio, cada vez que el sujeto participe en un acto jurídico; porque podrá hacerlo, a pesar de tal padecimiento, todo aquél que no haya sido objeto de tal medida preventiva, que es la llamada incapacitación” (MORENO QUESADA)¹⁹.

De esta manera antes de la reforma por Ley 8/2021 o bien la sentencia de incapacitación prohibía testar al incapaz o nos remitíamos al art. 665 CC: “Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no conten-ga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar

¹⁹ *Ibidem*.

testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”.

El testamento cuyo otorgante no tuviere la mínima capacidad necesaria era nulo (art. 6.4, 663 y 743 CC). El testamento otorgado por el incapacitado sin cumplir con el citado art. 665 CC era nulo. Y si la incapacitación era de hecho, había de recurrirse a la declaración judicial de nulidad con la correspondiente prueba al efecto, si bien en el habitual testamento notarial el juicio de capacidad del Notario la presumía *iuris tantum* (art. 17 bis.2.a) de la Ley del Notariado) “y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre “cumplidamente” en vía judicial su incapacidad, destruyendo la “enérgica presunción *iuris tantum*” (STS, Sala 1ª, de 27-01-1998 y SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 18-01-2018).

2.2. Situación desde el 03-09-2021. Ahora la ley dice simplemente que “Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente” (art. 662 CC). Y no pueden conforme al actual art. 663 CC “: 1º.- La persona menor de catorce años. 2º.- La persona que en el momento de testar no pueda *conformar* o *expresar* su voluntad ni aun con ayuda de *medios* o *apoyos* para ello”.

El concepto de discapacidad no viene en el Código civil, por lo que recurriremos al pfo. 2 del art. 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Como ya no hay meras prohibiciones o declaraciones de incapacidad (art. 269 CC y D.Tª. 5ª Ley 8/2021), sea la discapacidad ocasional o más continuada (las medidas de apoyo deben ser revisadas trianualmente, excepcionalmente cada seis años, art. 268 CC y D.Tª.), debemos recurrir

al art. 665 CC: “La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda *comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones*. El Notario *procurará* que la persona otorgante desarrolle su *propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento* y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”. Por lo tanto:

2.2.1. De la persona mayor de edad que sufra deficiencias físicas o síquicas ya no podrá decirse tras la Ley 8/2021 que esté sujeta a un estado civil de incapacitado, tanto porque la palabra se ha borrado del lenguaje jurídico del Código civil, como que toda situación de objetiva discapacidad se reconduce al establecimiento de un régimen de “medidas de apoyo” que deben ser revisadas.

El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (SAP de Gipuzkoa, sec. 2ª de 08-01-2021). La presunción *iuris tantum* de capacidad de los mayores de edad, que ya no encontramos en el art. 199 CC en la redacción anterior a la Ley 13/1983, sino en el art. 249 CC en su actual redacción: “Las medidas de apoyo (...) de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”.

2.2.2. La persona discapaz puede testar si puede conformar o expresar su voluntad con ayuda de medios o apoyos para ello (art. 662.2º CC). No es óbice para ello *prima facie* que esté sujeto a tutela, sea representativa o no, en abstracto, como demuestra la prohibición del art. 753 CC para el medio de apoyo estable más radical: “Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela...”.

Así la Jurisprudencia habla de “capacidad mínima indispensable para otorgar testamento” –ATS, Sala 1ª, de 26-05-2009- o “capacidad o aptitud natural” –STS, Sala 1ª, de 04-10-2007-.

La E.d.M. de la Ley 8/2021 declara terminados los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación»²⁰ pero nos remite a concretar las medidas de apoyo, término muy laxo según aquella “todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad (...) la representación en la toma de decisiones”.

a) Dada la prohibición de delegar la facultad de testar, que es personalísima, no puede quedar al arbitrio de un tercero su formación “en todo o en parte” (art. 670 CC) luego no es imaginable ni válido que el Juez adopte una medida de apoyo de curador /guardador de hecho o de autocuratela (ni aun autorizado por el interesado) que confiera al guardador la facultad de testar en representación del discapaz (cfr. derogación del art. 776 CC) ni tampoco el medio de apoyo de intervención del mismo (*dos firmas*) en el otorgamiento del testamento por el discapaz. La prohibición del art. 670 CC choca contra la tutela representativa “tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación” (art. 249 CC) porque esta medida de apoyo se adopta según este precepto cuando “no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”.

²⁰ “No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones”.

b) En el otro extremo, como válidos, deben admitirse los apoyos del art. 663 CC entendidos como sinónimo de medios técnicos, en el sentido de los art. 695²¹, 708²² y 709²³ CC o el apoyo del propio Notario (art. 665 CC). O el art. 25 de la Ley del Notariado en la redacción dada por la citada Ley 8/2021²⁴.

²¹ Art. 695 CC: “El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad”.

²² Art. 708 CC: “No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código”.

²³ Art. 709 CC: “Las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: (...) Las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas.

²⁴ Art. 25 de la Ley del Notariado en la redacción dada por la citada Ley 8/2021: “Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”.

c) Más problemas puede generar los supuestos en que el discapaz esté sujeto a medios de apoyo no representativos, pues el art. 249 CC dice “Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias”, misma expresión que el art. 665 CC que reproducimos de nuevo “El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”.

Es dudosa la validez de un testamento si seguimos la interpretación de PAU PEDRÓN²⁵ que entiende que “cuando esas «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad no están plenamente formadas, es necesario contribuir a esa formación. Hay que procurar que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada «voluntad, deseos y preferencias»”. Esta interpretación es perturbadora y no se ve donde esté el límite con la captación de voluntad.

Y dicha interpretación parece ir contra los límites en la formación personalísima de la voluntad testamentaria expuestos arriba por LACRUZ y PUIG PEÑA²⁶, no cabe un complemento de capacidad, toda colaboración directa de un tercero con la voluntad del testador, no así el consejo

²⁵ PAU PEDRÓN, Antonio. “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”. *Revista de Derecho Civil* ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018). Estudios, pp. 9. Recuperado de <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

²⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 707. PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo I. *Sucesiones*. Vol. I, *Teoría general de sucesiones*, obra cit., pp. 205 y 206.

y ayuda extraños en la preparación del acto de testar, “cuando el tercero interviene en el mismo sentido del testador ayudándole a la ordenación”, “la cooperación pre testamentaria “la ordenación determinados consejos o apuntes morales de terceras personas siempre que los mismos no interfieran la espontaneidad y libertad de la manifestación de voluntad”.

Quizás la diferencia entre ser “*una partera*” de la “voluntad, deseos y preferencias” del discapaz y la captación de voluntad sea tan fina como la diferencia entre que por sus actos guardador y Notario incurran en responsabilidad por no cumplir con sus respectivas funciones negativas, de aconsejar no testar, o incluso adoptar medidas (incluso judicialmente) en contra del intento de testar. Estas posibilidades que van desde negarse a autorizar el testamento a *aconsejar* en contra también se deduce de los art. 249 y 665 CC, pues la reforma parece haber olvidado tanto de la seguridad del tráfico, como que si el capaz puede equivocarse, también el incapaz puede, pero parece que le está vedada tal opción a consta de la diligencia y responsabilidad de Notario y guardador.

3. Otorgamiento de poder testatorio en pacto sucesorio. En la medida que un pacto sucesorio que contenga la sucesión por comisario del otorgante supone ordenar su propia sucesión de manera más o menos indirecta (art. 30.1 y 33.1 LDCV) se plantea si el discapaz podrá intervenir, ora personalmente, ora asistido por el curador, ora representado por este último.

3.1. Capacidad para otorgar un pacto sucesorio. Sólo OÑATE²⁷ distingue entre *pactos con transmisión actual de bienes* donde el instituyente debe tener plena capacidad para contratar y disponer de sus bienes (art. 624 CC) y *pactos con eficacia post mortem* en que habrá de estarse al contenido concreto del pacto, de modo que si el instituyente queda privado de la facultad

²⁷ OÑATE CUADROS, FRANCISCO JAVIER. “Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103). En *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 790 y 791.

de disponer de los bienes afectos por cualquier título, oneroso o gratuito, en cuyo caso, como quiera que supone una renuncia a la facultad de disponer del instituyente, no podrá hacerlo si no tiene plena capacidad de contratar y disponer. No obstante conforme al art. 105.2 LDCV sigue diciendo dicho autor que sería suficiente la capacidad para testar para otorgar un pacto sucesorio por causa de muerte porque si se respeta tal precepto se preserva al instituyente la facultad de disponer entre vivos.

La mayor parte de la Doctrina en el País Vasco²⁸, y también es mi opinión, entiende que el pacto sucesorio no puede ser otorgado por nadie que no tenga plena capacidad de contratar y disponer porque el carácter irrevocable del pacto sucesorio así lo exige, como sucede en otros Derecho civiles autonómicos²⁹ Lo que nos lleva a la discusión de si el poder testamentario otorgado en pacto sucesorio es libremente revocable

²⁸ IMAZ ZUBIAUR, Leyre. “Capítulo XVII. La sucesión paccionada”. En Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia Aizpurua (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Ateliera Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 72.

²⁹ Aragón. Art. 379 CDFa: BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. “Capítulo 33. Pactos sucesorios en Aragón”. En M^a. Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.) y Judith Solé (coord.) *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011, ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 1339. Baleares: JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos. *Derecho Civil de las Islas Baleares*. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2019. ISBN: 9788417985233, pp. 614 y 615. Exige menor emancipado o capacidad para contratar. Galicia. arts. 209-213 LDCG: HERRERO OVIEDO, Margarita. “Capítulo 32. Pactos sucesorios en el Código Civil (y) en la Ley de Derecho de Galicia”. En *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 1290. Cataluña. Art. 431-4 CCCat: DEL POZO CARRASCOA, Pedro. “Capítulo 34. Pactos sucesorios en Cataluña”. En *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 1371: “Recordemos, en cambio, que para otorgar testamento hasta la capacidad natural, cifrada en catorce años por el art. 421-4 CCCat, pues el testamento siempre es revocable, y despliega sus efectos sólo a partir de la muerte del causante, por lo que no es necesario arbitrar medidas de protección –como la exigencia de plena capacidad de obrar– para proteger, en vida, el patrimonio del causante”. Navarra: Ley 176 CDCN Navarra. LUQUÍN BERGARECHE, Raquel. “Capítulo 36. Pactos sucesorios en Navarra”. En *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit. pp. 1451.

por el causante³⁰, o no lo es, salvo en los casos legalmente previstos como procesos de nulidad, separación o divorcio, por reserva de la facultad de revocación o por decisión judicial³¹. Ello nos lleva a distinguir entre los diferentes medios de apoyo al discapaz.

3.2. *Pacto sucesorio y representación legal del instituyente discapaz.* Conforme al art. 100.2 LDCV mediante pacto sucesorio cabe disponer de los derechos sucesorios pertenecientes a la herencia de un tercero con consentimiento de éste, lo que en mi opinión repudia su otorgamiento mediante representante legal pues su *heteronomía* hace falta el consentimiento y capacidad específicos que exige tal precepto, so pena de nulidad.

3.3. *Pacto sucesorio y medios de apoyo no representativos al instituyente.* Pero podríamos dudar si es admisible el consentimiento asistido puesto que aunque el art. 100.3 LDCV exige para la validez de un pacto sucesorio que los otorgantes sean mayores de edad, sin pronunciarse sobre la capacidad exigible a dicho mayor de edad.

³⁰ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”. En Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia Aizpurua (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 380, entiende que, como todo contenido de pacto sucesorio, el poder otorgado dentro del mismo es irrevocable. IMAZ ZUBIAUR, Leire. *La sucesión paccionada en el Derecho Civil Vasco*. Colegio Notarial de Cataluña. Marcial Pons, Barcelona, 2006. ISBN: 84-9768-355-2, pp. 324 da un argumento más potente y conciso, cual es la literalidad de los art. 48 y 171 Ley 3/1992 (actual art. 45.8 LDCV): “El poder testatorio se extinguirá: (...) Por revocación”.

³¹ OÑATE CUADROS, Francisco Javier. “Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103)”. En *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 438. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús Javier. “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”. En Andrés M^a Urrutia (dir./coord.), *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 80.

Habrá que estarse a las concretas medidas de apoyo que se dicten pero cabe preguntarse si un discapaz que pueda contratar y disponer contando con una medida de apoyo de intervención de su guardador podrá otorgar poder testatorio por medio de pacto sucesorio.

Podríamos negar esa posibilidad porque la mayor parte de la Doctrina entiende que el pacto sucesorio es personalísimo y por tanto no cabría un apoyo del discapaz que pasase del mero consejo. En efecto, la generalidad de las legislaciones civiles forales o especiales españolas prohíbe tal posibilidad, tal es el caso del art. 379 CDF Aragón. O bien el delegado no es más que un mero *nuntius* (art. 73 y ss. CDC Baleares, art. 431-7.3 CCC Cataluña, art. 212 LDC Galicia y el Derecho civil común, en lo limitado que admite los pactos sucesorios. No está tan claro el ámbito decisorio del representante que permite la ley 173 CDC Navarra).

Respecto del Derecho Civil Vasco existen las siguientes posiciones clásicas. a) Posición que niega totalmente la posibilidad de otorgar pacto sucesorio mediante representación voluntaria, acaso sólo mediante un mero emisario o *nuntius* que se limita a transmitir la voluntad del poderdante³². b) Planteamiento según el cual cabe el otorgamiento de pactos sucesorios a través de poder testatorio y también por apoderado voluntario³³, pues, como en todo contrato (art. 1725 CC) cabe otorgar

³² Es la opinión de IMAZ ZUBIARU, Leire. *La sucesión paccionada en el derecho civil vasco*, obra cit. pp. 355, por analogía con la normativa foral de Aragón y de Navarra, fundados en el carácter personalísimo del acto, que también defiende en los mismos términos CÁMARA LAPUENTE, Sergio. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVII, Vol. 2º. EDERSA, Madrid, 2001, ISBN 84-8494-008-X, pp. 333. Sin embargo CELAYA IBARRA, Adrián, *Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 136 y 201, aunque inicialmente se inclina por sólo la excepción del *nuntius*, páginas después, implícitamente admite que el comisario foral puede ejercer su cargo a través de un pacto sucesorio.

³³ MONASTERIO AZPIRI, Icíar. “Los pactos sucesorios en la Ley del Parlamento Vasco 3/1992”. En *Derecho Civil Foral Vasco*. CGPJ y Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1995. ISBN 84-88577-06-0, pp. 192. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús Javier. *Manual práctico*

pacto sucesorio por representación voluntaria (art. 1259 CC), con facultad específica al efecto, en vida del causante y por su comisario tras el fallecimiento, pues la voluntad del causante es esencial en general (art. 4 LDCV) y en el poder testamentario en particular (art. 46 LDCV).

Pero dichas conclusiones no se extienden a una hipotética asistencia formal al otorgamiento del pacto sucesorio que tiene un componente contractual pero también de sucesión por causa de muerte o a título gratuito que repudia *institivamente* que sea admisible dicha intervención del guardador (cfr. art. 624 CC y 670 CC). Pero el instinto no es argumento jurídico (art. 3.1 CC). Entendemos que dado que la constitución de las parejas de hecho inscritas en el registro gubernativo del País Vasco exige “plena capacidad” (art. 2 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho), se excluiría la posibilidad del apoyo o complemento de la misma para otorgar pactos sucesorios y poder testamentario en el mismo o en escritura pública; y por la misma razón se debe exigir también plena capacidad a los cónyuges para otorgar pacto sucesorio en capitulaciones matrimoniales por identidad de razón.

Como mucho podríamos llegar a entender que el guardador podrá realizar su intervención hasta el límite de lo marcado por los art. 247 y 248 CC para los emancipados. No podrá intervenir operaciones que consistan en gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

de Derecho Civil Vasco. AVD/ZEA, Bilbao, 2014. ISBN 978-84-7752-562-2, pp. 187, 188, 208 y 209. OÑATE CUADROS, Francisco-Javier. “Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 791 y 792. *Obiter dicta* la SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 17-04-2020.

4. Otorgamiento de poder testatorio en capitulaciones matrimoniales. Dispone el art. 31.2 LDCV que los cónyuges, además, pueden otorgar poder testatorio en escritura pública, sean de capitulaciones matrimoniales o de pacto sucesorio. El anterior art. 1330 CC (“El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador”) ha sido suprimido, lo que nos lleva a concluir que podrá otorgarlas siempre que no esté sujeto judicialmente a medida de apoyo de asistencia formal o de representación.

No obstante entiendo plenamente aplicable los mismos requisitos que con anterioridad es decir en capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio entre cónyuges o pareja de hecho (art. 31, 2 y 3 LDCV), en cuyo caso por aplicación del art. 1329 CC el menor que pueda casarse (emancipado, art. 46.1º CC) necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor) sino porque el poder podría en tal caso ser irrevocable, razones por la que precisa capacidad plena de disponer (art. 322, 624 y 1263 CC), luego aplicamos las mismas reflexiones que respecto de los pactos sucesorios en que se otorgue poder testatorio.

5. Y los miembros de una pareja de hecho podrán nombrarse recíprocamente comisario en el pacto regulador de su régimen económico patrimonial o en pacto sucesorio, siempre en documento público notarial (art. 31.3 LDCV).

Entendemos aplicables las mismas reflexiones y conclusiones respecto de las capitulaciones matrimoniales, con el añadido que el art. 2 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho exige a los componentes de la misma “plena capacidad”, lo que excluiría el apoyo o complemento de la misma, como ya hemos avanzado más arriba.

III. DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EL COMISARIO

El comisario es la persona a quien el causante delega la facultad de ordenar la sucesión de éste en todo o en parte (art. 30 LDCV). El art. 32.1 LDCV sólo dice que “el comisario habrá de tener la capacidad necesaria para el acto a realizar en el momento en que ejercite el poder testatorio”, pero no qué capacidad sea precisa.

Situación hasta el 03-09-2021. Hay unanimidad doctrinal en que su capacidad de obrar, dependerá si el poder sucesorio se ejercita en testamento (la mínima antes vista de ser mayor de 14 años y no estar incapacitado); o en donación o pacto sucesorio, en cuyo caso, precisará capacidad para contratar que no será la de disponer sino, por analogía con lo dispuesto en el CC para el albaceazgo (art. 983 CC) y el mandato, la necesaria para realizar el acto concreto a través del cual se cumpla el encargo del comitente, por lo que siempre será capaz el mayor de edad y también el menor emancipado sin necesidad de asistencia alguna (art. 1716 CC)³⁴.

Situación a partir del 03-09-2021. Se sigue requiriendo la emancipación y no es precisa la asistencia tanto porque el comisario no dispone de sus propios bienes (art. 247 y 248 CC) como porque, el cargo de comisario es esencialmente personalísimo (art. 36.1 LDCV).

³⁴ CELAYA IBARRA, Adrián. *Derecho Foral y Autonómico Vasco*. Tomo I. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989. ISBN 84-785-46-0, pp. 141. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 149 y 150. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 368. URRUTIA BADIOLA, Andrés María. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”. En Andrés M^o Urrutia Badiola (Coord), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 367. FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”, en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016, ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 72.

Efectivamente, estoy con CELAYA, ASÚA y OÑATE³⁵ cuando afirman el carácter personalísimo del cargo de comisario como una característica, esencial, no derogable por el ordenante/causante, pues el art. 36.1 LDCV habla de un cargo “en todo caso” dotado de “facultades personalísimas e intransferibles”³⁶ y las regla de prevalencia de la voluntad del testador (art. 46 LDCV) es meramente hermenéutica.

En cuanto al discapaz, habrá de verse el concreto alcance de su situación:

1. La persona discapaz sujeta a curatela representativa (art. 269 CC): no puede ejercer como comisario pues conforme al art. 36.1 LDCV el cargo de comisario es personalísimo, lo que choca frontalmente con el objeto de la curatela representativa cuyo fin es al (art. 249 CC) “tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir repre-

³⁵ CELAYA IBARRA, Adrián, “Sección 3ª. Del poder testamentario y del testamento por comisario”. En Manuel Albaladejo y Silvia Díez Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVI. EDESA, Madrid, 1997. ISBN 84-7110-875-4, pp. 182. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 368. OÑATE CUADROS, Fco. Javier. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”. En Andrés Mª Urrutia Badiola (coord.), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.). *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 447.

³⁶ No obstante la Doctrina entiende que en la ejecución material de las decisiones que adopte pueda valerse de otras personas, con lo que estoy de acuerdo, como que también puede usar auxiliares bajo su responsabilidad y terceros que le asesoren (peritos, juristas...). GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testamentario”, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 169. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 368. URRUTIA BADIOLA, Andrés María, “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 391. OÑATE CUADROS, Fco. Javier, “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 447.

sentación”. Y por aplicación supletoria, pues la sucesión por comisario es un poder y no sólo en mi opinión³⁷, del art. 1732.5° CC conforme al cual el mandato se acaba “5°.- Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos”. Entiendo que como en la regulación anterior la curatela representativa se adopta para grandes discapaces y queda excluida desde entonces toda función representativa, pues dispone el art. 249 CC que “En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas”. Y, como mínimo, el discapaz no podrá ser comisario cuando se le exija la representación legal o la intervención o asistencia del curador para contratar y/o para disponer a título gratuito (arg. art. 287.3° CC).

2. La persona discapaz sujeta a curatela u otros medios de apoyos sin representación: El carácter personalísimo del cargo de Comisario (art. 36.1 LDCV) también prohíbe que pueda actuar como tal quien está sujeto en el acto concreto de ejercicio del poder testatorio a intervención. Por tanto:

2.1. Ejercicio del poder testatorio en testamento. Si puede testar por sí y pasa el juicio de capacidad del Notario (art. 665 CC) podrá ejercitar el poder testatorio por este medio pero queda prohibida la intervención formal de guardador.

2.2. Ejercicio del poder testatorio por medio de donación o de pacto sucesorio. El Comisario necesitará plena capacidad de contratar y de disponer y no se

³⁷ Desde el punto de vista gramatical, acierta ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 362, al reconocer que el art. 43.2 LDCV afirma que la ejecución del cargo es una “disposición realizada en nombre” del causante, lo que es la nota característica de la representación directa.

admite la intervención formal por dicho carácter personalísimo del cargo de Comisario. Como argumento añadido entiendo que no podrá ejercer como Comisario por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición, lo que deducimos tanto de su carácter personalísimo en aplicación del art. 1732.4º CC conforme al cual el mandato se extingue en dichos casos.

2.3. *Publicidad de la discapacidad y Comisario.* El problema que preveo es la ocultación (o desconocimiento de terceros, no presumo el dolo) de la discapacidad. Antes del 03-09-2021, la incapacitación era promovida por los familiares, entre otros supuestos, a fin de poder disponer válidamente de bienes del discapaz con los que obtener recursos económicos. Ahora no se precisa ni siquiera medidas de apoyo porque el art. 269 CC establece en su párrafo primero el carácter subsidiario de la curatela (institución de guarda o “medida de apoyo” formal y estable del discapaz, art. 250 CC), que puede ser suplida ventajosamente por los poderes preventivos y prorrogados (art. 256 y ss. CC) o la guarda de hecho (art. 263 y ss. CC) que incluso habilitan, con autorización judicial para disponer de bienes del guardado en representación de éste.

IV. DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EL SUCESOR

El sucesor, o sucesores son el conjunto de personas entre quien el comisario podrá elegir libremente para que sucedan en todo o parte de los bienes del causante. Dicha facultad de elección puede tener cortapisas impuestas por la ley o por la voluntad del *de cuius*. Veámoslo:

El sucesor debe ser capaz (art. 32.2 LDCV) en el momento del ejercicio del poder o al fallecimiento del testador. Lógico pues es el momento de la delación (art. 17.2 LDCV). Nada se dice respecto a qué capacidad sea exigible al sucesor, por lo que hay que entender que es la del Derecho

Común ex art. 3.1 LDCV, tanto en cuanto a la capacidad jurídica (cfr. art. 744, 766 y 791 CC, que incluye las causas de indignidad), como en la de obrar para aceptar o repudiar el llamamiento sucesorio que se les ofrezca (art. 992 y ss. CC).

Quizás este último sea el aspecto donde más se ve que la reforma del Código civil por la Ley 8/2021 es más bien cosmética, el mero el cambio en ciertos preceptos que no ocultan que se ha escrito “curatela con facultades de representación” de discapaces donde antes decía “tutela”³⁸, equivalencia que la D.T^a.1^a de la Ley 8/2021 reconoce sin complejos.

Sólo en relación con las adquisiciones por causa de muerte se hace una remisión expresa a la medida de apoyo establecida, así:

1. Testamentos y el art. 996 CC sobre aceptación de herencia:

Dispone el art. 992 CC “Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes”. Lo que ha de ponerse en relación con el art. 996 CC “La aceptación de la herencia por la persona con discapacidad se prestará por ésta, salvo que otra cosa resulte de las medidas de apoyo establecidas”.

Y conforme al art. 287-5º CC el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para

³⁸ Así, el art. 753 CC sobre prohibiciones testamentarias, indignidad para suceder (art. 753, ap. 2º y 7º CC), art. 1060 CC sobre partición convencional de la herencia. Art. 1291 y 1299 CC sobre rescisión de contratos, art. 1301 y ss. CC sobre la acción de anulación. Art. 1387 CC sobre la administración y disposición de los bienes de la sociedad de ganancial que se transfiere al cónyuge asistente del discapaz. Art. 1393 CC sobre causa de disolución de la sociedad de gananciales. Art. 1459 CC sobre prohibición de autoentrada en las compraventas de los patrocinados. Art. 1699 CC sobre causa de extinción de la sociedad civil. Art. 1732 CC sobre extinción del mandato. Art. 1764 y ss. CC sobre depósito, art. 1811 CC sobre transacción y art. 1903 CC sobre responsabilidad civil por culpa in vigilando de estos oficios de derecho privado.

aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

En dicho punto hemos de tener en cuenta que respecto de la sucesión no paccionada, la LDCV no consagra una aceptación a beneficio legal de inventario. La aceptación a beneficio de inventario (art. 998 y 1023 CC) es subsistente bajo el régimen de la LDCV (cfr. art. 117, 139 y 143 LDCV) y aconsejable. Aconsejable porque el art. 21.2 LDCV no es equivalente al art. 1023 CC, pues de los tres efectos que este último concede (limitación de responsabilidad del heredero, no fusión de patrimonios del causante y del heredero y no extinción de deudas entre causante y sucesor por confusión), dicho art. 21.2 LDCV solo concede uno, la limitación cuantitativa de responsabilidad³⁹.

2. Pactos sucesorios. El art. 100.3 LDCV exige que el otorgante, no sólo el instituyente, sea mayor de edad. En consecuencia, el instituido precisará capacidad pero la aceptación no es personalísima luego cabe la representación voluntaria y la legal y la asistencia del guardador a la misma como si de llamamientos a la herencia o a legados se tratara (art. 103 LDCV), conforme a las reglas que acabamos de ver.

3. Donaciones. Los autores entienden que el donatario no precisa la capacidad de contratar (art. 626 CC) sino la natural de aceptar (RD-GRN de 01-07-1920)⁴⁰ pero habría que matizarlo en el supuesto de “sustituciones, cargas, obligaciones y condiciones” a que haya de sujetarse

³⁹ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. “Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho Civil Vasco”. En *JADO, boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 2018, n° 28, 2017, pp. 618.

⁴⁰ RDGRN de 01-07-1920 citada por CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 198 y 199. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Fco. Javier, “Especialidades Testamentarias: El poder testamentario”, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 181.

la donación (art. 626 y 103 LDCV) en que será precisa dicha capacidad de contratar, en su caso, con la asistencia o representación (autorizada judicialmente, cfr. art. 287, ap. 3º y 5º CC).

4. Partición hereditaria. Los art. 1052⁴¹, 1057⁴² y 1060⁴³ CC: No cambian mucho pues se estará a lo dispuesto en las medidas de apoyo y la partición efectuada por el curador con facultades representativas no requerirá autorización judicial pero sí posterior aprobación.

Como el Comisario puede hacer la íntegra ordenación y ejecución de la herencia, bien por bien, con los apartamientos y repartos que convenga, el discapaz se ahorra esos trámites adicionales pues bastará que acepte su llamamiento.

⁴¹ Art. 1052 CC: “Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Lo harán sus representantes legales si el coheredero está en situación de ausencia. Si el coheredero contase con medidas de apoyo por razón de discapacidad, se estará a lo que se disponga en estas”.

⁴² Art. 1057, pfo. 4º CC: “Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad o tutela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas. Si el coheredero tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas”.

⁴³ Art. 1060 CC: “Cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la ya efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación de la autoridad judicial, si el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento. Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial. La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre de un menor o de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

V. DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. REQUISITOS OBJETIVOS

Procedamos a analizar una variedad de situaciones que se nos ocurren *a vuela pluma*:

1. El Comisario sucesor. Hemos de tener presente que conforme al art. 753 CC: “Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela. Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos. Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, sólo podrán ser favorecidas en la sucesión de éste si es ordenada en testamento notarial abierto. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato”.

Por lo que podemos concluir sin dificultad que el cargo de curador del futuro causante podrá recaer en el futuro Comisario y a éste se le podrán recibir atribuciones sucesorias del causante, bajo las siguientes premisas:

1.1. Serán válidas las disposiciones testamentarias posteriores a la extinción de la curatela y también las anteriores a la constitución de la misma. Piénsese en que en el mismo el causante, capaz entonces, puede proponer al Juez el nombramiento de curador como autocuratela (art. 271 CC) a la misma persona que en el futuro vaya a ser su Comisario.

1.2. Serán válidas las disposiciones hechas favor del Comisario que ocupe el cargo de apoderado preventivo o prorrogado. (art. 256 y 257 CC). La prohibición del art. 753 CC no se le aplica.

1.3. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato. Con lo cual todas las posibilidades de beneficiar a hijos y descendientes, así como al cónyuge viudo que sean instituidos como Comisarios quedan intactas (art. 35 LDCV).

1.4. *Autoadjudicación de bienes.* Y tal conclusión para la vía directa de que sea beneficiado por el causante se alcanza para la indirecta de autoadjudicación de bienes por el comisario (art. 35 LDCV), puesto que el causante ya ha fallecido al momento de la delación (art. 17.2 LDCV), “salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela”.

2. Legítimas. El art. 33.2 LDCV exige que se identifique al menos una categoría amplia de personas entre las que el comisario pueda elegir. Si no hay legitimarios, el comisario puede nombrar sucesores libremente (art. 33.3 LDCV).

En este punto traemos a colación a las acertadas palabras de URRUTIA⁴⁴ sobre la oportunidad del poder testamentario para, dado el carácter colectivo de la legítima vasca, mediante el apartamiento señalar en qué medida se el Comisario podrá mejorar sobre la marcha al descendiente discapaz o a los demás, incluso a éstos según se hayan portado con aquél.

Concluimos que el Comisario es una ventajosa alternativa a los regímenes de guarda del sucesor discapaz. Asimismo, dado el carácter colectivo de la legítima de los hijos y descendientes, sujetos a apartamiento libre, incluso tácito (art. 48, ap. 2 y 3 LDCV) libra al causante y al comisario de recurrir a los expedientes del Código civil para beneficiar a los hijos discapaces en perjuicio de los otros.

⁴⁴ Urrutia Badiola, Andrés M^a. “Nota breve sobre capacidad y derecho civil vasco”. *JADO, boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, año 14, n^o 27, 2015-2016, pp. 620-622.

Me estoy refiriendo a instituciones tales como el gravamen de la legítima estricta de los demás descendientes (art. 808 pfo. 3 CC, modificado por la Ley 8/2021⁴⁵), los gravámenes sobre la legítima a favor del discapaz (art. 813 pfo. 2º CC⁴⁶) y la falta de computación del derecho de habitación sobre la vivienda habitual concedida al descendiente discapaz (art. 822 CC⁴⁷) o que no estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad (art. 1041 CC).

3. Fijación de sustituciones, condiciones, fideicomisos. Ha sido tradicional configurar fideicomisos de residuo a favor de los incapaces, de modo que la masa hereditaria no gastada en su sustento haría tránsito posteriormente a la descendencia no discapaz del causante. La Ley

⁴⁵ “Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa. Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique”.

⁴⁶ “Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808”.

⁴⁷ “La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten”.

8/2021 tiene un reconocimiento explícito de dicha práctica al reformar la sustitución pupilar (D.T^a.4^a) y permitir el gravamen sobre la legítima estricta de los descendientes en general a favor del discapaz descendiente (art. 822 CC).

Habrà que tener en cuenta al otorgar el poder testatorio el art. 32.3 LDCV que ordena que salvo disposición en contrario del testador, el comisario no podrá establecer fideicomisos ni hacer nombramientos condicionales de sucesor a título universal o particular, ni tomar decisiones tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes.

4. La creación de “paratutelas” y “paracuratelas”⁴⁸

4.1. *Sustitución de las tutelas, curatelas y administraciones de bienes por la figura del comisario.* Las precauciones en aras a la protección de los bienes que hereden los sujetos a guarda palidecen frente a que el causante simplemente puede rodear todas estas limitaciones ante las existencia de menores o discapaces cuyo patrimonio haya develarse. Es más sencillo que los mismos nada adquieran y queden guardados por la herencia pendiente el poder testatorio encomendada al comisario, quien además del deber de prestar alimentos a los descendientes del causante (art. 38 LDCV), podrá y deberá ser instruido por el causante sobre cómo guardar a los protegidos (art. 30.1 LDCV) quienes como no tienen sino un derecho potencia, mera expectativa a la sucesión, la administración y disposición de los bienes quedan a recaudo de la intervención del Estado (art. 249 y 270 CC). Además de esta *encomienda patrimonial total*, vislumbraba URRUTIA en 2016⁴⁹ varias posibilidades:

⁴⁸ Urrutia Badiola, Andrés M^a. “Nota breve sobre capacidad y derecho civil vasco”, en *JADO, boletín de la AVD/ZEI*, ISSN 1888-0525, año 14, n^o 27, 2015-2016, pp. 620-622.

⁴⁹ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “Nota breve sobre capacidad y derecho civil vasco”, obra cit., pp. 620-622. Como es de leer se trata del Texto de la ponencia presentada en la Jornada del 25 aniversario de ALIND-UBIE “Capacidad y Derecho civil vasco” (Bilbao, 25/05/2016).

4.2. *Testamento preventivo del causante y discapacitados.* “a) El establecimiento de un testamento preventivo, que prevea el estatus del hijo/a con capacidad judicialmente limitada en caso de imposibilidad de ejercicio del poder testamentario por fallecimiento conjunto de los padres o imposibilidad de su ejercicio por el consuno o extinción del mismo. Sería de utilidad, en todo caso, vgr., si no se llega a la situación de incapacitación judicial, la configuración de un comisariado único o múltiple a favor de uno o varios hermanos que estén más próximos al hijo/a en esa situación estableciendo su régimen de actuación”.

4.3. *El comisario como paracurador.* “b) La configuración del comisario como un auténtico “paratutor” o, mejor dicho, “paracurador” del hijo/a que, sin estar con la capacidad judicialmente limitada, tenga un cierto entorno patrimonial, para lo cual sería necesario configurarlo con unas facultades de administración o disposición amplias, que hoy posibilita la ley e incluso la voluntad del comitente, y que exigirían, en mi opinión, una intervención judicial en algunos casos, especialmente en los que puede estar en juego el patrimonio que por vía sucesoria puede recibir esa persona”.

Estas posibilidades tras la Ley 8/2021 se prevén en los art. 164.1, 225 y 252 CC, respectivamente para los menores sujetos a patria potestad, menores sujetos a tutela y discapaces sujetos a medidas de apoyo. El art. 164.1 CC dice que se exceptúan de la administración paterna “Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos”, bienes que tampoco estarán bajo la representación legal de los padres (art. 162.3º CC). Antes de la reforma por Ley 8/2021 se dudaba si se confería al tercero administrador la facultad de disposición. Ahora está claro que no⁵⁰, pues sí se ha conce-

⁵⁰ Volviendo con los menores sujetos a patria potestad, consciente de que ésta no es la situación de guarda objeto del presente estudio, es interesante la aproximación al tema

dido en los mismos casos para menores sujetos a tutela (art. 225 CC) y mayores sujetos a curatela (art. 252 CC). En los dos segundos casos se da un paso adelante respecto del art. 227 CC en su anterior redacción pues se permite al que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor que pueda establecer las reglas, no sólo de administración, sino, he aquí la novedad, de disposición de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerlas, en principio sin limitación. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al guardador legal (padres, tutor o curador). Por tanto dichos administradores pueden ser investidos ampliamente por el disponente con facultades sobre los bienes concernidos, que vayan desde meras funciones de asesoramiento hasta tener la representación de la persona sujeta a guarda, pasando por la intervención.

En conclusión, el causante podrá establecer los órganos de administración de los bienes de que disponga que estime oportuno recayendo en la persona del Comisario, así como también la facultad de disposición por éste de los dejados a personas sujetas a tutela o curatela. En relación a los menores sujetos a patria potestad, el comisario o un tercero podrían dar dicha autorización.

que hace FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, Francisco. “La autotutela”. En Ignacio Serrano García (Coord.) *La protección jurídica del discapacitado. I congreso regional*. Tirant lo Blanch Valencia, 2003, ISBN X4-8512-835-4, pp. 64 y 65. Se pregunta en qué medida podrán los padres limitar la intervención judicial y cita a Martínez Sanchiz, para quien el padre que nombra al tutor, o el testador o donante que deja bienes al menor, podrá cambiar el órgano que deba otorgarlos, es decir, podrán señalar las personas, diferentes del tutor o administrador, que deben conceder las autorizaciones a que se refiere el Código civil. Y cita a los abuelos, los hermanos, dos parientes más próximos, o una Fundación de tipo tutelar. Concluye FERNÁNDEZ-PRIDA con un argumento plenamente aplicable al Derecho Civil Vasco cuando invoca la RDGRN de 05-11-1887, la libertad del disponente para articular medios de autorización alternativos, lo que en la LDCV se observa en el art. 46, de modo que la voluntad del ordenante debe prevalecer.

Y, por supuesto, el comisario, al disponer de los bienes del causante, podrá establecer estas medidas de salvaguarda previstas en los art. 164.1, 225 y 252 CC.

5. Nombramiento del comisario como apoderado preventivo curador, tutor o guardador de hecho. Siempre es posible conforme a los art. 201 y ss. CC que los padres en testamento o documento público notarial puedan designar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores.

Esta misma posibilidad se da para el curador, por autocuratela (art. 271 CC), en la que se puede añadir el nombramiento de comisario a la misma persona, de modo que haya un tránsito *suave* del patrimonio, desde la plena capacidad del causante, a su discapacidad y tras su muerte, a cargo de una persona de confianza, curador (u otro cargo de apoyo) que se convierte en comisario tras su muerte. Pues el art. 753 CC prohíbe la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela y por supuesto, cuando haya sido nombrado antes de ser tal tutor o curador representativo.

Y por supuesto, que se ordene la pervivencia de los poderes otorgados antes de adoptarse las medidas de apoyo (art. 256 y ss. CC).

6. Nombramiento de comisario y patrimonios protegidos. Conforme al art. 1 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria la finalidad de los patrimonios es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y

derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Estando la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio, con las debidas instrucciones del causante, ya tenemos un patrimonio autónomo destinado a la protección del incapaz con todas las ventajas de que no tendrá intervención administrativa alguna e incluso éste, por insolvente, pueda recibir ayudas, amén de un favorable trato fiscal.

Pero cuando haya de ejercitarse el poder testatorio, ahora el art. 3.1.c), en la nueva redacción dada por la Ley 8/2021 permite constituir un patrimonio protegido a la persona comisaria o titular de la fiducia sucesoria, cuando esté prevista en la legislación civil, autorizada al respecto por el constituyente de la misma. Esta previsión encaja perfectamente con el señalamiento de la gama y reglas para determinar beneficiarios en la sucesión por comisario (art. 33.1 LDCV).

El Fuero Nuevo de Navarra se anticipó al resto de los Derechos civiles autonómicos de España por su modificación por la Ley Foral 21/2019, de modo que permite al fiduciario “constituir un patrimonio especialmente protegido para personas con discapacidad o dependencia”, con lo que el Comisario sujeto a la LDCV ahora ha adquirido tal facultad. La Doctrina señala la similitud de la institución de la herencia de confianza Navarra con el “trust” anglosajón⁵¹.

⁵¹ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, Tomo II. Dykinson, Madrid, 2009, ISBN 978-84-9849-426-6, pp. 1350. NANCLARES VALLE, Javier. “Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”. En M^a.-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Manual de derecho sucesorio*. Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, ed., 2011, pp. 874. HUALDE MANSO, Teresa. “Título XII. De los herederos de confianza”. En Enrique Rubio (dir.) y M^a Luisa Arcos (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 905. CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*. Universidad de Navarra y Dykinson, Madrid, 1996. ISBN: 84-8155-161-1, pp. 1314.

7. Sobre la obligación del comisario de promover la constitución de tutelas y curatelas (art. 39 LDCV). Dispone dicho precepto que “El comisario está obligado a pedir la constitución de la tutela o curatela de los hijos y demás descendientes del causante menores o incapacitados”.

Hasta el 03-09-2021 el comisario está obligado a promover la constitución de la tutela desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare en línea con el art. 229 CC⁵². Esta promoción supone legitimación del mismo para instar el correspondiente Expediente de Jurisdicción Voluntaria (art. 231 CC y 44 LJV). Sin embargo, la Doctrina negaba al comisario legitimación para pedir la incapacitación de los descendientes menores o incapacitados del causante, pues ASÚA⁵³ entiende que el art. 39 LDCV le autoriza sólo para promover el nombramiento de tutor respecto de los menores no emancipados de tutor o curador si ese nombramiento no se hubiera realizado en la sentencia de incapacitación o si el nombrado no pudiese ejercer el cargo, sino también de instar la modificación de capacidad si estuviera legitimado para ello y, si no lo estuviera, de poner la situación en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Desde el 03-09-2021 entiendo que el Comisario sigue pudiendo pedir el nombramiento de tutor para los descendientes menores del causante (art. 206 CC) que asimismo se tramita por Expediente de Jurisdicción Voluntaria (art. 208 CC y art. 44 LJV). Cabría plantearse si ahora el Comisario puede pedir del Juez que acuerde medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica del descendiente del causante que las precise.

⁵² URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 403.

⁵³ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 370.

Como argumentos a favor: contaríamos la expresión “El comisario está obligado a pedir la constitución de la curatela” usada por el art. 39 LDCV, en relación a que el art. 269 CC, que en su redacción por Ley 8/2021 dice “La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”. Y los art. 44 LJV (expedientes no litigiosos relativos a la tutela y la curatela) art. 760 LEC (proceso con oposición) en su nueva redacción ya no distinguen entre la incapacitación y el nombramiento del curador sino que siempre se hace dicho nombramiento por Auto o por Sentencia y precisamente (art. 42.bis.5 LJV) “No se considerará oposición (...) la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta”.

Como argumentos en contra: militarían que tanto el art. 42 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, como el actual art. 39 LDCV están pensados conforme al sistema de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, en el que la constitución de la curatela era el mero nombramiento de la persona a ocupar el cargo previa incapacitación (art. 760 LEC, en su anterior redacción).

Para GIMENO⁵⁴ el objeto de la norma, que carecería de antecedentes legales según él, es evitar que los hijos y descendientes del testador que no tengan parientes llamados por la Ley al ejercicio de la tutela queden desamparados, ampliando el círculo de las personas obligadas a constituirla. Pero lo cierto es que sí hay antecedentes históricos, los cuales refrendarían la opción amplia o textual resultante de la Ley 8/2021. Así es, a decir de JADO⁵⁵ el padre y la madre solían hacer nombramiento testamentario

⁵⁴ GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Fco. Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 172.

⁵⁵ JADO Y VENTADES, Rodrigo. *Derecho Civil de Vizcaya*. Imprenta Casa de Misericordia, Bilbao 1923. Versión facsímil en colección clásicos Derecho Vasco, AVD/ZEA, 2004. ISBN: 84-7752-383-5, pp. 84, 180-182.

de tutor o curador al otro cónyuge sobre los hijos comunes menores, relevándole de la obligación de prestar fianza, tutela testamentaria sólo en defecto de la cual se preveía la tutela legal (ley 1ª del Título XXII del Fuero Nuevo de Vizcaya). Por su parte, la Ley 31 de Toro menciona expresamente la posibilidad de entregar al comisario la dación de tutor, Leyes de Toro supletorias del Fuero Nuevo de Vizcaya⁵⁶ y así parece haber al menos un caso en Bizkaia en que el albacea “testamentario” ejerce de tutor de los hijos del causante⁵⁷.

VI. DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EFECTOS PENDIENTE SU EJERCICIO

El art. 17.2 LDCV explicita que existiendo un poder sucesorio se abre una fase de expectativa, entre la muerte del causante y hasta el ejercicio o frustración del poder sucesorio, en cuyos momentos acaece la delación a los sucesores agraciados para que acepten o repudien su respectivo llamamiento.

Vamos a centrar nuestro análisis, en este apartado, en la disposición onerosa/administración dinámica de bienes de la herencia que confiere el art. 43.4 LDCV al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del

⁵⁶ SARRIÓN GUALDA, José. “El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro”, en *Anuario de historia del derecho español*, 2005, N° 75. ISSN 0304-4319, pp. 249 y ss. JADO (de) y VENTADES, Rodrigo, *Derecho Civil de Vizcaya*, obra cit., pp. 269, afirma que “*En las leyes de Toro encontramos resueltas las omisiones de que adolece la ley del Fuero y lo dispuesto en aquellas ha de suplir la deficiencia de ésta.*”, costumbre de la que se lamentó CELAYA IBARRA, Adrián, p. ej. en *Derecho Civil Vasco*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1993. ISBN 84-7485-295-4, pp. 139 y 304.

⁵⁷ Un ejemplo en MONASTERIO AZPIRI, Iciar. *Selección de procesos civiles ante los Tribunales de Bizkaia (1635-1834)*. Gobierno Vasco y Universidad de Deusto, Bilbao, 2002. ISBN: 9788445717370, pp. 256.

patrimonio hereditario. Recordemos que, asimismo, el causante voluntariamente puede conferir a cualquier otro tipo de Comisario con el mismo bloque de facultades. Así éste podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios si el comitente le hubiera autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, o cuando lo juzgue oportuno para sustituirlos por otros. La contraprestación obtenida se subrogará en el lugar de los bienes enajenados, salvo que se destine al pago de las obligaciones, cargas y deudas de la herencia.

No obstante, recordemos que aun habiendo legitimarios del causante el art. 43.4 LDCV revela al administrador de la necesidad de concurrir con dichos legitimarios para disponer de los bienes llamemos comunes o llamemos actos de administración dinámica de la herencia. Sin embargo (art. 43.5 LDCV) “Si existieran legitimarios y los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario representante y administrador del patrimonio hereditario se refiriesen a bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos, será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo los legitimarios menores o incapaces, la autorización judicial”.

Estima LATORRE⁵⁸ que la mejor interpretación es que los descendientes más próximos en grado excluyen a los más remotos para prestar la autorización, lo que es igualmente sostenible bajo el régimen de la LDCV por la gradación más próxima que impone su art. 50.

⁵⁸ LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. “Título IV de la fiducia sucesoria”. En José Luis Merino Hernández (coord.). *Manual de derecho sucesorio aragonés*. Sonlibros, Zaragoza, 2006. ISBN 9788493472214, p. 422.

OÑATE⁵⁹ entiende que la autorización de los legitimarios a estos actos de disposición o de administración dinámica (no sucesores presuntos, cfr. art. 33.2 vs. 33.3 LDCV) es una de las pocas normas imperativas previstas en la LDCV. Pero desde el 03-09-2021 ya no hay “incapaces”, luego concluimos que dicho precepto obliga al Comisario en concurrencia con legitimarios discapaces, tanto sujetos a curatela representativa como a otros tipos de medidas de apoyo (o a los menores), a obtener la autorización judicial pues es la alternativa expresamente prevista por el art. 43.5 LDCV a dicha “plena capacidad de obrar” para realizar los actos de disposición citados.

VII. DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EXTINCIÓN

Las causas de extinción del poder sucesorio vienen determinadas en el art. 45 LDCV y proceden los correspondientes y respectivos comentarios:

1. Imposibilidad o incapacidad sobrevenida del comisario (art. 45.2 LDCV). Defendí y mantengo⁶⁰, por analogía con el albaceazgo, la aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la similar causa de extinción del albaceazgo de “imposibilidad” (art. 910 CC) los supuestos de causas exclusivamente personales, que hacen imposible el ejercicio del cargo, como son la pérdida y suspensión o carencia de plenos derechos civiles y, capacidad de obrar, incapacitación y minoría de edad; o lo hagan sumamente dificultoso (enfermedades, senectud con disminución de las facultades intelectuales –STS, Sala 1ª, de 02-12-1991), ausencia, privación de libertad por cumplimiento de ejecutoria penal y

⁵⁹ OÑATE CUADROS, Fco. Javier. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30–46)”. En *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 447.

⁶⁰ FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 190.

la inhabilitación como administrador⁶¹, si bien en este último caso, en mi opinión, con el matiz sobre la sanción por Concurso declarado culpable⁶².

2. Incapacidad de hecho e incapacidad de Derecho. Decían con razón ASÚA y OÑATE⁶³ que la incapacitación judicial del comisario produce la extinción de su cargo, debiéndose reconducir la incapacidad de hecho a la impugnación de los actos en ejercicio del poder por falta de consentimiento. Derogado desde el 03-09-2021 el concepto de incapacidad,

⁶¹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 378. OÑATE CUADROS, Fco. Javier. En “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”. En *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 444.

⁶² FERNÁNDEZ DE BILBAO, *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 169 y UR-
 RUTIA BADIOLA, Andres M^a. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 367 y 368. Tras la entrada en vigor de la citada Ley Concursal, el Comisario puede ejercitar sus facultades como tal, pese a la declaración de concurso, pues el art. 40 de la misma, sólo limita las facultades patrimoniales del deudor sobre su propio patrimonio. No obstante, si el concurso termina siendo calificado como culpable, una de sus consecuencias es (art. 172.2.2 de la Ley Concursal) la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona durante un período de dos a quince años. En este caso, cohonstando dicha inhabilitación con las causas tasadas de extinción del poder sucesorio (art. 45 LDCV), el problema sólo se da respecto de las facultades de administración, representación y disposición entre vivos del comisario, porque habría de proveerse a la administración, bien a cargo de de sustitutos nombrados por el causante, bien un administrador judicial (art. 795 y ss. de la LEC) para ese ínterin. Entre tanto, en el paréntesis de la inhabilitación, las facultades del comisario de delegar la sucesión se hayan suspendidas, pero el poder sucesorio seguiría vigente. Por el contrario, si la inhabilitación se solapa con la extinción, se abriría la sucesión preventiva o abintestato con la inhabilitación no concursados.

⁶³ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 378. OÑATE CUADROS, Fco. Javier. En “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”. En *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit. pp. 444.

subsiste la posibilidad de la impugnación, por supuesto. Pero entiendo que podemos entender extinto el poder testatorio conforme al art. 1732 ap. 4º y 5º CC, conforme el cual el mandato y el poder se acaba, ora (ap. 4º), por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición; ora (ap. 5º), por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Retomando la incapacitación judicial, matiza el segundo autor citado, igualmente de modo acertado, que si el comisario incapacitado no ha sido privado de su capacidad para otorgar testamento podrá ejercer su cargo mediante este instrumento, siempre que pase el juicio de capacidad al efecto por el Notario (art. 665 CC).

Otra cosa será la administración de los bienes hereditarios, de ordinario conferida al Comisario (art. 37 LDCV) con lo que, si no es capaz de cumplir con este deber, habrá de estarse a la prelación en el instrumento de nombramiento de aquél, en su defecto el citado precepto y a falta de los mismos, recurrir al nombramiento judicial pues propiamente se puede considerar en esta situación que el causante ha fallecido sin testar y sin parientes llamados a la sucesión (art. 17.2 LDCV), presupuesto del art. 791.2 LEC.

3. Mala conducta del comisario. Bajo la LDCV no parece que sean causas de extinción la negligencia grave, la malicia en el cumplimiento las obligaciones inherentes a la administración de los bienes, como tampoco es causa de remoción la comisión de eventuales ilícitos civiles o vulneraciones de las instrucciones recibidas para su encargo, sin perjuicio de la responsabilidad por daños en que incurra⁶⁴, o la posible ineficacia de lo

⁶⁴ SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 y SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “*Manual de Derecho Civil Vasco*”, obra cit., pp. 367. En sentido contrario, ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*. Diputación Foral de Álava, 1999. ISBN 84-7821-401-1, pp. 240 y GIL RODRÍGUEZ,

así actuado⁶⁵. Es la misma solución que da en el derecho civil interregional español comparado, al menos en Aragón⁶⁶ y Navarra⁶⁷.

Jacinto. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”. En M^a Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128, pp. 997: “cuando, a instancia de los designados por el constituyente o de sus hijos o descendientes no apartados, se acredite que el usufructuario, bien ha incurrido en causa de indignidad sucesoria, bien se conduce con grave incumplimiento de sus facultades y obligaciones; tanto por desatender las mismas con negligencia GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala”. En Jacinto Gil (dir.) y Gorka Galicia (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 425: la negligencia grave o generalizada, como por exceder dolosamente de los límites a que su ejercicio queda sujeto.

⁶⁵ FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”. En “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”. En *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 78.

⁶⁶ Para la fiducia aragonesa su Doctrina plantea MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel. *La fiducia sucesoria aragonesa*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008. ISBN 978-84-89510-95-1, pp. 139, la posibilidad de que los sucesores presuntos acudan al Ministerio Fiscal reclamando que actúe exigiendo al administrador hereditario responsabilidades por daños. SAP de Zaragoza, sec. 4^a, de 04-10-2004 tampoco procede declarar la extinción pretendida en base al incumplimiento por la demandada, con negligencia grave o malicia, de las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad por no incluir en la escritura de manifestación de la herencia, entre los bienes inventariados, el dinero, ya que ello fue conocido y consentido por la actora. La SAP de Zaragoza, sec. 5^a, de 31-07-2001 afirma la no aplicación analógica causas de extinción del albaceazgo o mandato Sobre que no cabe de la remoción del cargo por incumplimiento de sus deberes. Además, el art. 447 CDF Aragón prevé la posibilidad de reducción judicial del plazo a instancia de cualquier interesado, salvo que el único fiduciario fuera el cónyuge viudo

⁶⁷ CÁMARA LAPUENTE, Sergio. “Título XI. Los fiduciarios-comisarios”. En Enrique Rubio (dir.) y M^a Luisa Arcos (coord.). *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 850 y 873: los fiduciarios-comisarios no podrán ejercitar sus funciones si son declarados indignos de suceder al causante y demostrarse así su ausencia de probidad respecto a tomar decisiones patrimoniales propias o ajenas. Igualmente añade como causa de extinción que el fidu-

Un argumento adicional es la comparación con el art. 108.4 LDCV, pues es causa de revocación de los pactos sucesorios la “conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar”. Por lo tanto sólo si el comisario va más allá e incurre para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder es causa de extinción de su encargo (art. 45.6 LDCV).

No obstante, más recientemente se han alzado voces como la de OÑATE⁶⁸ abriendo la posibilidad de que el Juez pueda ordenar la revocación del poder testatorio si se considerase lesivo para alguno de los hijos menores o con discapacidad o del propio instituyente por aplicación analógica del art. 34 LDCV. La SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-06-2018 “obiter dicta” abre la puerta a remoción por incumplimiento por el Comisario de su deber de formar inventario de los bienes de la herencia⁶⁹.

4. La injusticia comparativa entre el cónyuge-comisario que ejerce su cargo y el que no puede ejercerlo por falta de capacidad. Constituye novedad de la LDCV frente a la Ley 3/1992 el art. 41.3 de la primera: “El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario es, salvo disposición en contrario del testador, el representante, administrador y usufructuario del patrimonio hereditario, carácter que mantendrá incluso después de haber hecho uso del poder”. Este precepto ha de interpretarse con la D.Tª.4ª LDCV: “En los poderes testatorios otorgados antes de la entrada en vigor de la Ley

ciario incurra, respecto al causante o a sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación (cfr. ley 270 FN. Así, la STS de 20-02-1963).

⁶⁸ OÑATE CUADROS, Fco. Javier, *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 437.

⁶⁹ De manera un tanto sorprendente la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-06-2018 sí que abre la puerta a que el sucesor presunto pueda pedir la remoción o la renuncia del designado Comisario que no formó inventario según la Ley 3/1992, la cual, de modo igualmente sorprendente dice que no obligaba a formar inventario al mismo.

3/1992, de 1 de julio, la designación de comisario a favor del cónyuge implicará la atribución del usufructo vitalicio, que no se extinguirá por el uso de dicho poder”.

De ello se deriva que el *alkar poderoso* que no debe temer ejercer su poder testatorio porque no va a quedar por ello desamparado desde el punto de vista económico. Pero al que vea extinguido su cargo de comisario por causa de su *incapacidad* o su *imposibilidad* sumará la desgracia de verse privado de una fuente de sustento, el usufructo del caudal hereditario pendiente el ejercicio del poder testatorio, que como mucho sería reducido al meramente testamentario o legitimario, razón por la que es importante regular bien sobre este particular el instrumento de otorgamiento del poder testatorio.

5. Causas establecidas en el propio poder. Se hará muy relevante otorgar poderes testatorios que tengan en mente la protección del discapaz, ordenada a través de instrucciones, el rango de beneficiarios, las cargas y deberes, las causas de extinción y sus efectos.

Etxeko langileen araubide berezia: iraganeko menpekotasun egoera, oraingo erronka eta etorkizuneko oparotasuna*

NIKOLE GONZÁLEZ DE HEREDIA

Deustuko Unibertsitateko Zuzenbideko graduduna
Graduada en Derecho por la Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 17/11/2020

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 19/06/2022

Laburpena: 20 urtetik gorako denbora tartean berrikusi gabe egon den Etxeko Langileen Araubide Berezian oinarritzen da lan hau. Arlo honetarako ezarri den arauketa berria bere osotasunean aztertuko da, nabarmenduz, alde batetik, zein atalei eutsi behar zaien (familia-etxean ematen diren zerbitzuak gorabehera, hain zuzen) eta, ondorenez, zeintzuk diren aldatu beharrekoak. Modu honetan, esparru honetan lanean jarduten duen langilearen eskubideak bermatzen dira eta, horrekin batera, bereizkeriazko tratua ekiditen da.

Gako-hitzak: etxeko langileak; familia-etxea.

*“Legelari gazteentzako Adrián Celaya saria”ren V. Edizioan saritutako lana, Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiak 2020an emana.

El régimen especial de los empleados de hogar: anterior situación de dependencia, retos actuales y beneficios futuros

Resumen: Este trabajo se centra en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, que no ha sido objeto de revisión durante más de veinte años. Se analizará en su integridad la reciente regulación que se ha aprobado en esta materia destacando, por una parte, qué aspectos deben mantenerse (independientemente de los servicios que se prestan en la casa familiar) y, consecuentemente, cuáles deberían ser objeto de reforma. De esta manera, se persigue garantizar los derechos de los trabajadores que actúan en este ámbito y, adicionalmente, evitar los tratos discriminatorios que pudieran existir.

Palabras clave: empleados de hogar; casa familiar.

The special regime for domestic employees: previous situation of dependence, current challenges and future benefits

Abstract: This work focuses on the Special Scheme for Domestic Employees, which has not been reviewed for more than twenty years. The recent regulation that has been approved in this matter will be analyzed in its entirety, highlighting, on the one hand, which aspects must be maintained (regardless of the services provided in the family home) and, consequently, which should be subject to reform. In this way, the aim is to guarantee the rights of workers who work in this area and, additionally, to avoid any discriminatory treatment that may exist.

Key words: household employees; family home.

*Etxeko langileen araubide berezia: iraganeko menpekotasun egoera,
oraingo erronka eta etorkizuneko oparotasuna*

AURKIBIDEA: I. SARRERA; II. GAIAREN KOKAPENA: Status quaestionisaren kontzeptua eta deskripzioa: 1. Historikoki langileen sektore honek bizitako eboluzioa, gaur egunera arte: A) Etxeko zerbitzua ematearen adierazpen hasiberria. Esklabotza eta emakumeen figura; B) Esklabotza egoeratik, lan jarduera arautzen zuen lehendabiziko adierazpena; C) XX. mendea eta etxeko langileen lan egoeraren hobekuntzak, lege eta arau aplikagarrien ikuspegitik; 2. Gaur egun sektore honetara biltzen diren jarduerak: A) Familia-etxea eta familia-etxearen enplegatzaile titularra; 3. Gaur egun sektore honetatik kanpo dauden jarduerak; III. ARAUBIDE JURIDIKO APLIKAGARRIA: 1. Azaroaren 14ko 1620/2011 zenbakidun Errege Dekretua. Aplikazioa eta ondorioak lan esparruan; 2. Etxeko langileen maila Gizarte Segurantzako sisteman. Testuingurua: A) Araubidearen aurrekariak, bilakaera eta Etxeko Langileen Araubide Berezia Gizarte Segurantzaren Araubide Orokorrean sartzeko beharra; B) Abuztuaren 1eko 27/2011 Legearen garrantzia eta abenduaren 28ko 29/2012 Errege Lege Dekretuaz geroztik egindako aldaketak; 3. Aplikazio esparruaren ñabardura aipagarrienak: A) Kokatze egintzak eta Gizarte Segurantzaren Sisteman afiliazioa, alta eta baja emateko betebeharra; B) Kotizazioa, kotizatze betebeharraren irismena eta erantzukizun banaketa, zerbitzuak ematen emandako lan denboraren arabera; C) Etxeko langileek jasotako babesa lanbide-gertakizunei dagokienez; IV. ONDORIOAK; V. BIBLIOGRAFIA ETA ITURRIAK.

LABURDURAK

- AGE Auzitegi Gorenaren Epaia
- ANE Auzitegi Nagusiaren Epaia
- Art. Artikulua
- EAE Euskal Autonomia Erkidegoa
- EAO Espainiako Aldizkari Ofiziala
- ED Errege Dekretua
- EEA Espainiako Errege Akademia
- ELD Errege Lege Dekretua
- ELSB Etxeko Langileentzako Sistema Berezia
- Errek. Errekurtsoa
- GSAO Gizarte Segurantzaren Araubide Orokorra
- GSDN Gizarte Segurantzaren Diruzaintza Nagusia
- GSLOTB Gizarte Segurantzaren Lege Orokorraren Testu Bategina, urriaren 30eko 8/2015 Legegintzako Errege Dekretuaren bidez onartua
- KZ Kode Zibila
- LED Legegintzako Errege Dekretua
- LELTB Urriaren 23ko 2/2015 Legegintzako Errege Dekretua, Langileen Estatutuaren Legearen testu bateratua onartzen duena
- Or./Orr. Orrialdea/Orrialdeak
- Zk./ Zkk. Zenbakia/Zenbakiak
- Z.O. Zuzenbideko oinarria

I. SARRERA

Lanaren helburua eta gaiaren aurkezpena. Motibazioa, egitura eta iturriak

20 urtetik gorako denbora tartean berrikusi gabe egon den Etxeko Langileen Araubide Berezian¹ oinarritzen da lan hau. Gertaera honen berri izateak eta, aldi berean, lan sektore honek barnebiltzen dituen berezitasunak kontuan hartzeak, horren berorren inguruko azterketa bat burutzera eraman nau. Hori dela eta, arlo honetarako ezarri den arauketa berria² bere osotasunean aztertuko da, nabarmenduz, alde batetik, zein atalei eutsi behar zaien (familia-etxean ematen diren zerbitzuak gorabehera, hain zuzen) eta, ondorenez, zeintzuk diren aldatu beharrekoak. Modu honetan, esparru honetan lanean jarduten duen langilearen eskubideak bermatzen dira eta, horrekin batera, bereizkeriazko tratua ekiditen da.

Gauzak horrela, lan honen helburua Etxeko Langileen Araubide Bereziaren inguruan azterketa juridiko bat garatzea izan da, zeini esker ondorioztatu daitekeen, gaur egun arte, eta baita hemendik aurrera ere, arauketa berezi honetan burututako aldaketa oro, ohiko lan harremanen arauketaekin parekatu beharra dagoela, ahalik eta modu zentzuzkoenean. Izan ere, orokorrean, etxeko lanak gizartean aintzatespen txikia jaso du, horren jarduna aurrera daramaten langileek gaitasun nahikoa erakutsi arren. Horrek guztiorrek lan mota hau prekariedade egoerara bideratu du, eta, horrenbestez, zerbitzu emate honek lan harremanen arloan nahiz Gizarte Segurantzaren ikuspegitik ere gabeziak aurkeztu ditu. Bestalde, lan honek xedetzat izan du datuetatik abiatzea, dela estatu mailakoak dela tokikoak, zenbakietan eman ahal izateko zenbat langile dauden etxeko zerbitzupuan eta zein baldintzetan lan egiten duten, Biztanleria Aktiboaren Inkestaren datuez eta Etxeko Langileen Elkartearen datuez baliatuta, hain zuzen ere.

¹ 1985eko abuztuaren 13ko EAO, 193. zk.

² 2011ko azaroaren 17ko EAO, 277. zk.

Aipatzekoa da, lana garatzen doan heinean egiaztatu ahalko den moduan, etxeko zerbitzura biltzen diren langileen izendapena hizkera neutral bati helduz egingo dela. Gauzak horrela, ez dira erabiliko genero desberdintasuna zehazten duten hitzak, gutxiengo proportzioan bada ere, egon badaudelako gizonetzkoak lan honetan dihardutenak. Hortaz, lanaren funtsa ikuspegi orokorretik abiatu eta hedatuko da, etxeko langileei buruzko azterketa juridiko baten planteamendua eskainiz, lana betetzen duena, emakumezkoa ala gizonetzkoa, edozein izanda ere. Alabaina, landutako analisi honen bidez, sektore honetara bildutako emakumeen taldea ezagutu eta haien lana agerian jartzeko asmoa legoke, azken hauek azaletik sufritzen duten lan irregulartasuna nolabait aldarrikatu eta, ahal den neurrian, etorkizunean egoera hobe eta zilegiago bat eraikitzeko egin beharrekoak ezagutarazteko.

Arazoi hauek direla medio, eta lanaren egiturari dagokionez, etxeko lana lan harreman berezi bihurtzen duten faktore eta elementu nagusiak aurkeztuko dira. Halaber, lan esparru honetarako espainiar araudiak ezarritako xedapen zehatzak aztertuko dira, zeinei esker, aipatutako berezitasunak ahalbidetzen diren. Azken honi helduz, lan esparru honen erregulazio berria aztertu nahi izan da, konprobatzeko, hain zuzen ere, iraganarekin eta han sortutako arazoekin benetako hausturarik gauzatu den ala ez. Guzti hau aztertzeko erabiliko diren iturri nagusiak espainiar jurisprudentzia eta doktrinaren aipamenak izango dira, baita lan-zuzenbideko esparru honetan indarrean dagoen legeria ere. Hauen bitartez, langile hauen eskubide eta betebeharrak azalduko dira, baita arlo horretan burutu ahalko lirartekeen hobekuntzak proposatu ere. Ildo beretik, aipatzekoa da berariazko erreferentzia hauek jatorrizko hizkuntzatik (gaztelaniatik, alegia) euskaratu egin direla kasu gehienetan, lana burutzeko erabilitako hizkuntzarekin koherente izateko asmoz. Bestalde, erreferentziei dagokienez, amaierako bibliografian aurkeztutako doktrinaren aipamenetako baten egilea («Aranzadi Digital» iturriarena) aurkitzeko ezintasuna argitu

beharra dago, iturriak berak ez baitio erreferentzia zehatzik egiten lanaren autoreari. Halaber, lanean zehar garatu den azterketa egiteko, metodologia juridiko desberdinak baliatu dira. Lehenik, metodo juridiko historikoaren bitartez, laburki bada ere, historian zehar langileen sektore honek bizitako bilakaera aztertu da. Bigarrenik, metodo juridiko deskribatzailea erabili da etxeko langileei aplikagarri zaien araubide juridikoa azaltzeko.

Lanarekin hasi aurretik, egokia deritzot gaia aukeratzera zerk eraman nauen adieraztea. Nire kasuan, lan-zuzenbidearen arauketak barnebiltzen duen lan harreman berezi eta, beraz, garrantzi juridiko eztabaidaezina duen kontu bat izanda, hori berori ikertzea erakargarria iruditu zait, ulertu ahal izateko, hain zuzen, sektore honek urteetan zehar bizitako bereizkeriaren zergatia. Gainera, interesaren pizgarri zuzena esparru honetan izateaz gain, uste dut guztiz beharrezkoa dela gutxietsita aurkitzen diren sektore orori merezi duten aintzatespena ematea, agerikoa den dedikazio maila eta egunerokotasuneko jarduerarekin egiaztatzeko modukoa den esfortzuarengatik, besteak beste.

II. GAIAREN KOKAPENA

Status quaestionisaren kontzeptua eta deskripzioa

Ezer baino lehen, lan honen objektu den etxeko lanaren sektorea aztertu beharra dago, bai eta lan hori burutzen duen etxeko langilearen figura. Kontzeptuzko ikuspuntuari erreparatuz gero, definizio ugari topa ditzakegu, bai lan arlo honi eta baita bertan beraien jarduna prestatzen duten langileei ere erreferentzia egiten dietenak. Hala nola, Lanaren Nazioarteko Erakundeak 189.Hitzarmeneko 1.a) atalean etxeko lana hurrengo eran definitzen du: «etxe batean edo gehiagotan egingdako lana»³. Honekin batera, gaur egungo urriaren 23ko 2/2015 LEDk,

³ Lanaren Nazioarteko Erakundeak: *Etxeko langileen Hitzarmena* (2011), 189. zk.

LELTB onartzen duenak⁴ 2.1.b) artikuluan etxeko zerbitzura jardutea lan harreman berezizat jotzen du, familia-etxearen titularraren (hots, enplegatzaile edo nagusia litzatekeenaren) eta familia-etxean, inoren mende edo besteren kontura, ordaindutako zerbitzuak ematen dituen pertsonaren arteko erlazioa⁵.

Zentzu honetan, etxeko langiletzat jotzen da ordainsari baten truke familia-etxe batean etxeko zerbitzuak ematen dituen pertsona fisikoa. Ordainsari oharririk ez egotekotan, «adiskidetasunaren, onginahiaren edo auzotartasun onaren» izenpean egindako lanak aurki daitezke, lan harreman honetatik kanpo daudenak⁶, alegia. Halaber, baztertze kasuen bitartez, etxeko langilearen figura zehaztu nahi da. Nolanahi ere, lan harreman honi dagokionez, zalantzarikoa da baztertze kasuek legez jasotako garapena egokia eta eraginkorra den ala ez, aurrerago aztertutako atal zehatzean aipatuko den moduan.

2.1. Historikoki langileen sektore honek bizitako eboluzioa, gaur egunera arte

Aztergaia den lan sektore honen aurrekariari erreparatzea ezinbestekoa da gaia testuinguru egokian zehaztu eta bere osotasunean ulertzeko. Bada, familia-etxearen zerbitzura lanean jarduten duten langileen kasuan, beharrezkoa da hauen ibilbide historikoari heldzea, denboran zehar jasandako zailtasun eta bereizkeriazko egoerak aipatuz eta, oro har, nola lortu den gaur egun indarrean dagoen legeriaren edo esparru juridikoaren baitan egotea. Izan ere, langileen sektore honen garapen historikoak, konkretuki, haien jatorri eta egungo ezaugarriekiko eragin zuzena izan du⁷.

⁴ 2015eko urriaren 24ko EAO, 255. zk.

⁵ GARCÍA NINET, J. I. (2008, 5. or.).

⁶ MIÑAMBRES PUIG, C. (2013, 5. or.).

⁷ SANZ SÁEZ, C. (2015, 6. or.).

Etxeko langileen araubide berezia: iraganeko menpekotasun egoera, oraingo erronka eta etorkizuneko oparotasuna

A. Etxeko zerbitzua ematearen adierazpen hasiberria. Esklabotza eta emakumeen figura

Hasteko, aipatzekoa da, erromatar zibilizazioaren lehen aztarnak eza-gutu arte, informazio iturrien eskasia zegoela eta, horren ondorioz, urte haietako etxeko lanaren eta etxeko langileen inguruko ezer gutxi aztertu daitekeela. Zernahi gisaz, nahitaezkoa bilakatu zen zerbitzurako eskulana ugaritu eta bultzatzea, esparru pribatuetan, hala nola, etxebizitza jakinetan, lan prestazio hori bermatzeko.

Hari beretik, halako egoera batean egonda, pentsa daiteke esklabotza-ren fenomeno, hein batean, arrunt bihurtuta zegoela, edo, modu inkontzientean bada ere, baimenduta zegoela. Emakumea zen, hain zuzen, esklabotza egoera horren baitan etxeko lana aurrera zeramana, ehunen fabrikazioan zebilelarik, alegia. Are gehiago, egoera hura hain zen ohikoa, non familia pobreenak soilik ziren aipatutako etxeko mirabe horiek haien zerbitzura ez zituzten bakarrak⁸. Inguruabar hauek gaur egunera ekar ditzakegu nolabait, izan ere, indarrean dagoen KZren arauketak berak ere, euskaraz «*etxeko morroi*» eta, gaztelaniaz, «*criado doméstico*» izendapenekin definitzen ditu etxeko langileak⁹.

Etxeko langileen emakumezkoen alderdiarekin jarraituz, hauek jasan-dako tratu bereizkeriaren abiapuntua aintzatespen faltan legoke. Izan ere, autore batzuen aburuz, esklabotza edo mirabetza egoera hartan, lan mota batzuetan emakumeenganako baztertzea agerikoa zen eta, hori gutxi baltz, nahiz eta gizonezkoek baino lan jarduera gehiago burutu, ez zitzaizkien burutako zerbitzuak aitortzen. DEL CAMPO GUTIÉRREZEN hitzetan, «emakumeak zenbait lanbidetatik baztertzea edo, hobeto esanda, emakume askok ezin izatea esan lanbide bat betetzen zutela, egin egiten bazuten ere», «*espezializaziorik ezak, eta hura aintzat ez hartzeak, zerbitzariak*

⁸ *Ibidem*, 7. or.

⁹ 1889ko uztailaren 25eko Madrilgo Gazeta, 206. zk. 1584. art.

betiereko amateur bihurtzen zituen, zortasun kontratu bat beste baten atzetik kateatzera behartuak»¹⁰. Berebat, eta egitate honen garrantzia indartzeko asmoz, PAZ TORRESEN baieztapena kontuan hartzekoa litzateke: «nahiz eta etxeko zerbitzua funtsezkoa izan familia bizitzan, eta sistemarentzako gizarte euskarri nabarmena, oraindik ere baliogabetua eta ikusezin bihurtuta dago»¹¹.

Hortaz, iraganean errotoetako gizarteko rol batzuk orainaldian bere horretan jarraitzen dutela ondorioztatu daiteke, nahiz eta, praktikan, gaur egun ez zaion ematen lan honi hitzez-hitzeko esanahi hori, hots, legeak beren-beregi jasotzen duena.

B. Esklabotza egoeratik, lan jarduera arautzen zuen lehendabiziko adierazpenera

Erdi Arotik aurrera, eta, hortaz, garai berri batean kokatuz, Iberiar Penintsulako zenbait autonomia erkidegotan, hala nola, Aragoi, Asturiasen edo Euskal Herrian, ohiturazko zuzenbidea ezartzeak foruen eta ohiturazko legeen sistema bat zabaltzea lortu zuen, herri jakin batean aplikagarri izango zirenak eta tokiko bizimodua arautzea helburu zutenak¹².

Momentu hartan indarrean zeuden foruei dagokienez, Cuencako Foruari erreparatuz gero, ugazabaren etxean ostatu hartzen zuenaren egoera aipatzen zen; eta nola, azken honek, bere mantenuaren truke, ugazabak agindutako zereginetan lan egiten zuen. Nagusi eta zerbitzarien elkarrekiko eskubide eta eginbeharrak arautzen zituzten antzinako arauak, azken hauei, «sirvientes asoldados»¹³ izendapenarekin deitzen zieten, esklabo zirenengandik bereiziz. Horri esker, gutxinaka, mirabearen irudia alde

¹⁰ DEL CAMPO GUTIÉRREZ, A. (2006, 101. or.).

¹¹ ESPUNY TOMÁS, M. J.; GARCÍA GONZÁLEZ, G. (2014, 16. or.).

¹² GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A. (1956, 446. or.).

¹³ Agindupean zegoen zerbitzaria diruarekin erlazionatzen zuten, hau da, haiek burututako lanarengatik jasotzen zuten ordainarekin.

batera uzten hasi zen eta, ondorioz, zerbitzu ematean zebiltzanak, haien lanarekiko maila hobea lortu zuten.

Geroztik, etxeko zerbitzuari buruzko araudi adierazpen hedatuago bat aldarrikatu zen, zeinek langile hauekiko iraganean errotutako iritziak nolabait leuntzea lortu zuen, mirabeen kontzeptua aztertu eta moldatzen zuelako. Guzti hau, Jaime I.ak iragarritako Valentziako Foruetako Bilduma Berrian jaso eta baieztatu zen. Legeen multzo honetan arautu zenez, «*etxeko langile*» deitzen zaie emazteei, morroiei, ikasleei... alokairu bat irabazten duten gizon eta emakume guztiei, alegia; ez bakarrik etxeko zerbitzari izan zitezkeenak, baita familiakoak eta bestelako langileak ere¹⁴. Adierazpen honi helduz, ondorioztatu daiteke bilduma hartan, *pater familias* edo, EEAREN definizioz, *familiaburuaren* agintaritzapean bizi ziren pertsona guztiak islatu eta ezagutarazten zirela.

XIII.mendearen hasieran, Alfontso X Jakitunak, foruen eta tokiko eskubideekiko nagusitasuna lortzeko asmoz, zuzenbide erkide bat ezarri nahi izan zuen, hain zuzen ere, zuzenbide kanonikoaren eta erromatar zuzenbidearen batasunaren emaitza izango zena. Arian ere, garaiko aldaketa ekonomikoek eta merkataritzaren garapenak Alfontso X Erregea bultzatu zuten erreinuaren integrazio juridikoaren prozesua aurrera eramatera, Zazpi Partiden Kodearen aldarrikapenaren bitartez, 1256 eta 1265.urteen artean. Aipatzekoa da, lan esanguratsu honetan, legeak emateaz gain, zuzenbidearen mota desberdinen inguruan jarduten zela obrak zituen zazpi ataletan. Bertan, etxeko zerbitzua «morroiaren» kontzeptuarekin lotzen zen, familia lanetik bereiziz. Honekin batera, *servus* hitzak beste esanahi bat hartu zuen «esklabo» edo «mirabe» hitzetik urrunduz. Zerbitzariak ugazabaren eta haren familiaren zerbitzura egon zitezkeen, etxeko zerbitzari gisa edo beste zeregin batzuetan, esaterako, landa lanetan edo zerbitzu pertsonaletatik

¹⁴ SANZ SÁEZ, C. (2015, 9-10. orr.).

kanpoko beste edozeinetan¹⁵. Hau da, Zazpi Partidetan, «morroi» hitza etxeko jabe batek biltzen eta hazten zituen pertsoneri erreferentzia eginez erabiltzen zen¹⁶. Morroi hori egoera hobean edo okerragoan egon zitekeen, baina bere burua beti gizakitza hartzen zen.

Azken finean, aurreko azpisailetakoa egitateetatik ondorioztatu daiteke lan harreman honen objektu den etxeko langilearen garrantzi historikoa, gizarte bizi eta aldakor baten isla delarik. Gainera, nabarmentzekoa da, garai bakoitzean nagusitzen ziren gizartearen beharrei erantzun egokia emateko gai zen lan bat izanda, jazoera horrek ere, zeresana duela lan sektore honek betidanik izandako adierazgarritasunarekin.

Honen harira, zilegi da aipatzea EA Eren kasua. Bada, Euskal Herriko foru sistemak gizonezko eta emakumezkoen ahalbidetutako babesari dagokionez, azpimarratzekoa da foru zuzenbide pribatuko erakunderik garrantzitsuenetariko batek, hala nola, foru-komunikazioak, familieren antolaketari begira, berdintasuna oinarritzat duela. Izan ere, 5/2015 Legeak, ekainaren 25ekoak, Euskal Zuzenbide Zibilaria buruzkoak¹⁷, 127.2.artikuluari ñabardura bat arautzen du, hain zuzen ere, ezkontideek euskal auzotartasun zibila izateaz gain, Bizkaiko lur lauan edo Arabako Laudio eta Aramaion tokiko auzotartasun zibila izanez gero, alde aurretik aipatutako foru-komunikazioa izango dutela aplikagarri ezkontzaren araubide ekonomiko gisa. Hori aintzat hartuta, «ezkontideek erdibana dituzte ondasun higigarri eta onibar¹⁸ guztiak, ondasunon jatorria gorabehera, horiek batenak nahiz bestearenak izan, berdin ezkontzara bako-

¹⁵ *Ibidem*, 10-12. orr.

¹⁶ GONZÁLEZ-ROTHVOSS, M. (1928, 70. or.).

¹⁷ 2015eko uztailaren 24ko EAO, 176. zk.

¹⁸ «Jabetza eta gainerako gozatzeko eskubide errealak, baldin eta lurzorua gainekoak badira, edo bertan eraiki, landatu eta eraiten den guztiaren gainekoak». 2015eko uztailaren 24ko EAO, 176. zk. 64.1. art.

Etxeko langileen araubide berezia: iraganeko menpekotasun egoera, oraingo erronka eta etorkizuneko oparotasuna

tzak ekarritakoak nahiz ezkontzak iraun bitartean irabazitakoak, ondatsunok dauden lekuak zerikusirik ez duela»¹⁹. Gauzak horrela, autonomia erkidego honetan indarrean dauden erakundeei esker, bi sexuen arteko bereizkeriazko tratua arintzen da, bi-biei aukera berdinak emanez eta banaketa zuzen bat bermatuz.

Esanak esan, ikus daiteke Euskal Herriko gizarte ekintzak, foru zuzenbide pribatuaren erregulazioa kontuan izanda, guraso biak berdin babes-ten dituela, hau da, gizona zein emakumea maila berean kokatzen dituela eta, hortaz, berdintasuna aitortzen zaiela.

Etxeko langileen egoerara bueltatuz, berdintasunaren printzipioa eta bere aplikazioa dira, hain zuzen ere, langileen sektore honek izan duen gabezia, dela generoaren ikuspegitik dela lan esparruan jasotako tratua-
rengatik ere, aurrerago aztertuko diren ataletan baieztatuko den moduan.

C. XX.mendea eta etxeko langileen lan egoeraren hobekuntzak, lege eta arau aplikagarrien ikuspegitik

Esan beharra dago, apirilaren 8ko Lan Harremanen 6/1976 zenbakidun Legea²⁰ indarrean sartu arte, etxeko langilearen esanahipean jarduten zuen pertsonak eta, beraz, familia etxeko zerbitzura lana gauzatzen zuen pertsonaren figura, ez zela, berez, langiletzat hartzen edo lan esparruko zerbitzu emate gisa ulertzen; ostera, izaera zibileko figura legez aitortuta zegoen²¹. Honekin batera, orduko doktrinak, lan sektore hau lan-zuzenbideko «gune ilun»²² moduan izendatzen zuen, lan esparru hau ez baitzen, hasiera batean, ohiko lan harreman gisa erraz

¹⁹ ARRIETA IDIAKEZ, F.J.; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. (2012, 197. or.).

²⁰ 1976ko apirilaren 21eko EAO, 96. zk.

²¹ MIÑAMBRES PUIG, C. (2013, 1. or.).

²² Horrela izendatzen da, beraien ezaugarriak direla eta, zalantzak sorrarazten dituzten lan harremanak biltzen dituen esparrua.

identifikatzeko modukoa. Izan ere, etxeko lanetan zebiltzan langileen kasua adibidetzat jo daiteke hurrengo baiezatzeko: lan-zuzenbidearen erregulazioaren baitan, zailtasunak daudela harreman juridiko batzuk zuzenbidearen arlo konkretu batean zehazteko²³. Hortaz, lan-zuzenbideko «gune ilunak» kontzeptua erabiltzen da lan-zuzenbidearen aplikazio-esparruaren mugan dauden zenbait egoera aipatzeko, denak ere zerbitzuak ematearen ingurukoak²⁴.

Aldi berean, morroien lanak²⁵ barnebiltzen zituen berezitasunak zirela medio, langile hauek emandako zerbitzuak (jabe edo zerbitzu errentariarekin konfiantza harremanetan oinarritutakoak, alegia), hein batean, lan-kontratutik kanpo egotea zekarren. Dena den, aspalditik errotuta zegoen lege *status* hark ez zuen ekidin, 70. hamarkadatik aurrera, etxeko langileek gizarte babesaz gozatzeko aukera izatea. Hain zuzen ere, 1959ko martxoaren 17an «Montepío Nacional del Servicio Doméstico» izenburupean argitaratutako Dekretuari esker, etxeko langileen sektorea irailaren 25eko 2346/1969 zenbakidun dekretuan, Etxeko Zerbitzuaren Gizarte Segurantzako Araubide Berezia arautzen duenean²⁶ barneratzeko lehendabiziko pausuak eman ziren.

Aipatutako azken honi erreparatuz gero, esan daiteke, zorionez, nabarmentzekoa dela lan prestazio honetan aldaketa esanguratsuak gauzatu direla, nahiz eta etxeko langilearekiko zenbait lehenaldiko aurreiritziri eutsi izan zaien, errealitate zaharkitu hura bizirik iraunaraziz, nolabait. Baina, esan bezala, badira aurrera pausuak ere, konkretuki, azken hamarkadan gauzatutakoak; non adibidetzat har daitekeen 2000.urteko azaroaren

²³ LLAMOSAS TRAPAGA, A. (2009, 107. or.).

²⁴ ARRIETA IDIAKEZ, F.J. (2018, 22. or.).

²⁵ 1889.urteko eta, horrenbestez, gaur egungo KZk 1584.artikuluan jasotzen duen izendapena lan esparru honetako langileentzat.

²⁶ 1969ko urriaren 15eko EAO, 247. zk.

Etxeko langileen araubide berezia: iraganeko menpekotasun egoera, oraingo eronka eta etorkizuneko oparotasuna

30eko Europako Parlamentuaren txostena, etxeko langileen lanaren inguruan aurrerapauso garrantzitsuak aipatzen dituen²⁷:

«Badira zenbait familia non hura osatzen duten bi gurasoak diren lanaldi osoan lan egiten dutenak. Familietako lan egoera aldatzearen ondorioz, etxean laguntza izateko eskaria nabarmen handitu da. Hori dela eta, bai emakumezkoen zein gizonezkoen denbora eta interesak kudeatzen dira.

Bakarrik bizi diren eta etxeko laguntza behar duten adineko pertsonen kopurua handitu egin da».

Pentsa daiteke, bada, txosten honek etxeko langileekiko ikuskera eta aurreiritzi posibleak murriztuz doazela adierazten duela, geroz eta agerikoagoa izanda gizarteak, oro har, lan horrekiko duen beharra. Aldi berean, emakumezkoek nahiz gizonezkoek lan esparru honetan izan dezaketzen parte hartzea parekatuz doala aipatzen du, denborarekin gizartean ematen diren lan ohituren inguruko aldaketak direla eta, alegia. Ondorenez, autore batzuen hitzetan, txosten honen bitartez, Europako Parlamentuak etxeko lanaren inguruko definizio europar bat ezartzea eskatzen zuen, lan prestazio hau «zuzenbide osoko lanbide» gisa aitortzeko. Beraz, txosten honen arauketarekin lortu nahi zen «*langileek esparru zehatz bat izatea, lan legeriaren babesaz eta bertatik eratorritako eskubide subjektiboez baliatzeko*»²⁸.

Honekin guztionekin, gaur egun indarrean dagoen LETBak, 2.1.b) artikuluan, etxeko zerbitzura lan egiten dutenen lan harremanak izaera berezikotzat jotzen ditu, hau da, berezitasunez hornituta dagoen lan harremana, berezko araubide juridiko baten sorrera eta, ondorioz, inoren konturako langileen araubide orokorretik kanpo geratzea dakarrena. Araubide berezi honen arauketaren beharra bi arrazoi nagusitan oinarritu

²⁷ 2000ko azaroaren 30eko Europako Parlamentuaren txostena, partikularrentzako etxeko laguntzaren arauketaren ingurukoa [2000/20021 (INI)].

²⁸ ESPUNY TOMÁS, M. J.; GARCÍA GONZÁLEZ, G. (2014, 19. or.).

zen. Alde batetik, lan zerbitzua gauzatzeko den esparru geografiko murriztuari dagokionez, (etxea, alegia), lantoki berezi hau merkatuko legeetatik at legoke. Beste alde batetik, eta aipatutako arrazoien ondorio zuzena delarik, kasu honetan, zerbitzu errentari edo etxeko jabearen eta etxeko langilearen arteko konfiantzan oinarritutako lan harremana eskusiboa da. Hau da, etxe zerbitzuaren kasuan, alderdien artean sortzen diren lan harremanek desberdintasun nabarmenak dituzte beste edozein lan sektoretan sortzen diren lan harremanekin alderatuz gero. Izan ere, ez da pareagarria enpresaburu batentzat lan egitea edota etxeko buruarentzat lan egitea²⁹, aztergai dugun lan harremanean gertatzen den moduan, alegia.

2.2. Gaur egun sektore honetara biltzen diren jarduerak

Iraganean indarrean zegoen legeria aztertu ondoren, eta gaur egungoarekin alderatuz, ikus daiteke familia-etxearen zerbitzura lan egiten duten langileen sektorea era berdintsu batean izendatu eta definitzen dela batean eta bestean ere. Bada, azaroaren 14ko 1620/2011 EDk, familia-etxeko zerbitzuaren lan harreman berezia arautzen duenak³⁰, 1.2. artikuluan jasotako definizioaren arabera, lan hau «titularrak, enplegatzaile gisa, eta haren mende eta besteren kontura familia-etxean ordaindutako zerbitzuak ematen dituen enpleguak hitzartzen duten lan harremana da». Bertatik, lan zuzenbidearen ezaugarrien zehaztapena ondorioztatu daiteke. Izan ere, lan-kontratuetatik eratortzen diren harremanek forma jakin bat izan behar dutela esan daiteke, hots, lan horrek ezaugarri zehatz batzuk bete behar dituela lan-zuzenbidearen arauketaren baitan. Hori dela eta, etxeko langilearen eta familia-etxeko jabea denaren arteko lan harreman berezi hau «pertsonala, borondatezkoa, ordaindutakoa eta inorentasunean eta mendekotasunean egindakoa»³¹ izan beharko da.

²⁹ MIÑAMBRES PUIG, C. (2013, 1. or).

³⁰ 2011ko azaroaren 17ko EAO, 277. zk.

³¹ ARRIETA IDIAKEZ, F.J. (2018, 22. or.).

Izaera pertsonalaren ezaugarriari erreparatuz gero, aipatu beharrekoa da jurisprudentziak sortutakoa dela eta, beraz, nahiz eta ezaugarri honen definizioa, norainokoa eta ondorioak finkatuta dauden, kasuan kasuko lan motaren arabera moldatu daitekeen ezaugarri bat da. Hau da, erregela orokor bat ezarrita egon arren, zeinek adierazten duen «langilea ordezteka lan-kontratua ez egotearen aldeko zantzutzat jotzen da»³², lan mota batzuetan egon badira salbuespenak erregela orokor horrekiko, eta horietako bat garbitasuneko langileei dagokie.

Kasu honetarako, jurisprudentziak hurrengo hau ulertzen du: «zerbitzuak ezkutuko eran emango balira, gure lan legeriak besteren konturako langileei aitortzen dizkien eskubideetako bat ere ez aitortu gabe, demandatzailea bere alabarengatik ordezkaturia izan ahaliko litzateke, gaixorik egotekotan edo ordutegi ezintasunagatik»³³. Hau da, noizean behin gauzatu daitezkeen ordezpenek ez dakartela, kasu guztietan, lan pertsonalaren ezaugarria ez betetzea. Kontuan izan beharko da «kasu horietan, zerbitzuaren jarraitutasunak duela lehentasuna prestazio pertsonalari begira, eta, ondorenez, ordezpenak enpresaburuarentzat onuragarri izaten jarraitzen duela»³⁴. Aldez aurretik aipatutako epai berdinari helduz, «senideen noizean behingo ordezkatzek ez du esan nahi, kontratatutako lan motan, prestazioa pertsonala ez denik, noizbehinkako ordezkapen horrek enpresaburuari ere mesede egiten baitio»³⁵.

Ildo beretik, garrantzitsua da garbitasuneko langileen eta aztergai dugun etxeko langileen figuren lan prestazioak desberdintzea eta, horrekin batera, bakoitzari dagokion lan arloan finkatzea, nahiz eta biek gauzaturako zerbitzu ematea, printzipioz, berdina dirudien. Azken adierazpen

³² *Ibidem*, 23. or.

³³ 2010eko uztailaren 20ko AGE (4º), 3344/2009 erre. zk. (1. Z.O.).

³⁴ ARRIETA IDIAKEZ, F.J. (2018, 23. or.).

³⁵ 2010eko uztailaren 20ko AGE (4º), 3344/2009 erre. zk. (2. Z.O.).

honi dagokionez, jurisprudentziaren hitzetan legoke nahasmendurako aukera. Izan ere, 2019ko azaroaren 12ko EAEko ANE, hurrengo baieztapenean oinarritu zen etxeko langileen lanaren inguruan aritzean: «trabajo habitual de empleada de hogar, profesión que consiste en la realización de tareas de mantenimiento y limpieza de todos los elementos del hogar, requiriendo todo ello actividad manual y aporte de esfuerzo físico»³⁶. Gauzak horrela, lan honen baitan garbiketa eta mantentze zereginak egoteak («tareas de mantenimiento y limpieza»), ondorioztatzera eraman gaitzake garbitasuneko langileen lanarekin parekatzeko modukoa dela. Esanak esan, etxeko langileari garbiketa lanetan aritzea egokitzeotan, garbitasuneko langile bati dagokion lan prestazioa izanda, lan figura berdinen baitan egongo lirartekeela bi kasuak.

Berez, ez litzateke zuzena izango premisa horri eustea. Izan ere, badira kasu konkretu batzuk etxeko langileen lan harreman berezitik kanpo aurkitzen direnak, hala nola, enpresen esparruan garbiketa lanetan aritzen diren langileak, aurrerago azalduko eta aipatuko direnak. Horregatik, lan harreman berezi honek, legezko izendapenak berak jasotzen duen moduan, berezitasun eta bereizgarri propioak ditu. Jurisprudentziaren hitzetan, «lan harreman berezi honen ezaugarriak areagotu egiten dira eta definituta daude, langile hauek araubide orokor eta arruntetik kanpo uzteko. Hori dela eta, beharrezkoa da etxeko zerbitzuaren izaera bereizle hori bilatzea, langile hauek ebaluatu eta katalogatu ahal izateko. Izan ere, harreman bereziaren eskakizunak eta oinarriak betetzen direnean soilik aurkituko gara horren aurrean»³⁷. Horrek guztiak agerian uzten du langile hauek orokorrakoak izan daitezkeen beste lan batzuekin berdintzeak suposatu dezakeen desegokitasuna, aintzatespen eta mailakatzeari dagokionez, behintzat. Egokia iruditu zait zehaztapen honi heltzea, hasieratik

³⁶ 2019ko azaroaren 12ko EAEko ANE (4º), 1948/2019 erre. zk. (3. Z.O.).

³⁷ 2015eko irailaren 22ko EAEko ANE (4º), 1467/2015 erre. zk. (3. Z.O.).

finkatzeko zein den aztergaia den langilearen figurak barnebiltzen dituen ezaugarri, lan arlo, eskubide, eginbehar eta aukerak, besteak beste.

Hortaz gain, gainontzeko lan-zuzenbideko ezaugarriari dagokienez³⁸, LETBren 1.1.artikuluari antzeman daitezke. Hala ere, atal honen hasieran aipatutako azaroaren 14ko 1620/2011 EDaren 1.2.artikuluak ñabar-dura bat jasotzen du, aztergaia den lan harremanaren esparruaren bereizgarritzat jo daitekeena: familia-etxea, alegia.

A. Familia-etxea eta familia-etxearen enplegatzaile titularra

Ikus daitekeenez, oraingoan ere, familia-etxea («ámbito del hogar familiar») da lan-harreman juridiko hau eraikitzen doan erreferentzia puntua. Doktrinaren hitzetan, hala nola, CARDENAL CARROren aipamena kontuan izanda, «familia-etxea zenbait harreman juridikoren egozpen zentroa da»³⁹. Bestalde, QUESADA SEGURAK «bizikidetzaren unitate berezi»⁴⁰ gisa definitzen du zerbitzuak emateko espazio hori.

Halaber, familia-etxearen jabearen kontzeptua zuzenean lotzen da harreman berezi honen alderdietako batekin, jurisprudenzia eta doktrinak «empleador» izendapenarekin adierazten dutena, hain zuzen. Dena den, aipatzekoa da enplegatzailea denaren alderdia ez dela, zehatz-mehatz, familia-etxearen jabea, edo ez dela zertan izan behar, behintzat. Oro har, «empleador es aquel que está al frente o asume la representación de un grupo de personas que convive en dicha vivienda, particularmente si conforman una familia en sentido jurídico»⁴¹. Enplegatzailetzat joko da,

³⁸ Borondatezkoa, ordaindutakoa eta inorentasunean eta mendekotasunean egindakoa den lana.

³⁹ CARDENAL CARRO, M. (2000, 5. or.).

⁴⁰ QUESADA SEGURA, R. (2008, 39. or.).

⁴¹ «Relaciones laborales especiales: Relación laboral especial del servicio del hogar familiar». (2003, 3. or.).

beraz, alderdi horren baitan bete beharreko funtzioak berenganatzen dituen, hau da, kasu honetan, beste alderdiarekiko autoritate eta zuzendaritza maila bat duena eta, aldi berean, beste alderdian legokeen langilea ikuskaritzapean duena⁴². Horrenbestez, nahasterik ez sortzeko, «familia-etxearen enplegatzaile titularra» kontzeptuan barneratuko da alderdi hau, bera eta berarekin batera familia-etxean bizi daitezkeen pertsonak baitira zerbitzu hau jasotzen dutenak⁴³.

Esan beharra dago «familia-etxearen enplegatzaile titularra» den honen identifikazioa balizko eztabaida iturria izan dela. Izan ere, Auzitegi Nagusiaren 2000. urteko epai batek, bere etxean (eta, hortaz, ez enplegatzaile titularrenean) zerbitzua ematen zuen langile bat, Gizarte Segurantzako Araubide Bereziaren barnean sartutzat jo zuen. Bada, enplegatzaile titularra zen bere seme-alabak etxeko langilea zenaren etxera eramaten zituena, azken honek zaindu zitzaiz, jaten eman, etab⁴⁴. Aitzitik, legearen hitzez-hitzezko interpretazio bati helduz, ulertuko da lan harreman berezi honetan aztergaia den «familia-etxearen enplegatzaile titularra»ren jarduera esparrua, zerbitzu ematea gauzatzen den lekura mugatuko dela. Azken baieztapen hau 1620/2011 EDk, 1.3. artikuluan jasotako definitziotik ondorioztatu dezakegu: «familia-etxearen enplegatzaile titularra, dela benetan, dela etxeko zerbitzuak ematen diren etxearen edo bizilekuaren titular soil gisa». Are gehiago, kontzeptuaren norainokoa gehiago zehazteko asmoz eta jurisprudenziaren aipamenak kontuan izanda, esan beharra dago familia-etxearen enplegatzaile titularra denaren emaztearen kasuan, ez duela auzitarako legitimaziorik⁴⁵.

⁴² RAMÍREZ-MACHADO, J. M. (2003, 11. or.).

⁴³ 2015eko irailaren 22ko EAEko ANE (4º) 1467/2015 erre. zk. (3. Z.O.).

⁴⁴ 2000ko maiatzaren 11ko Santanderreko ANE (4º) 1473/1998 erre. zk. (Z.O. Bakarra).

⁴⁵ 2004ko azaroaren 17ko Bartzelonako ANE (4º), 6906/2004 erre. zk. (4. Z.O.).

Kontzeptu honen inguruan azken hausnarketa bat egitearren, doktrinak definizio honekiko aurkeztu duen desadostasuna aipatu beharra dago. Izan ere, autore batzuen aburuz, «familia-etxearen enplegatzaile titularra» esamoldea bai juridikoki eta, hein batean, baita politikoki ere, desegokia da. Kontuan hartuta familia ereduak askotarikoak izan daitezkeela, eta emakumeen eta gizonen arteko berdintasun printzipioaren⁴⁶ eskakizunek erantzunkidetasuna gero eta gehiago indartzera garamatzatela, ondoriozta daiteke, ez dela bateragarria bikoteko kideetako bat «*familia-etxearen enplegatzaile titularra*» gisa kontsideratzea. Iritzi hau defendatzen dutenek zera diote, titulartasuna ondasun edo objektu bati dagokiola, baina, nekez izan daitekeela «titularra» «etxea»ren zentzu juridikoan, EEAREN aburuz, azken kontzeptu hau «elkarrekin bizi diren ahaideen taldea» izanda. Beraz, arauak aipatzen duen titulartasuna, erabilera soziala dela adierazten du doktrinaren zati batek⁴⁷.

Gainera, jakin badakigu familiako kideen artean ez dela mendekotasun juridikorik eskatzen, eta, horrekin guztiorrekin, etxea bera, tekniko ki familia ez diren eta ahaidetasunik ez duten pertsonak osa dezaketela. Hortaz, doktrinak dioena, hitz gutxitan, zera da, etxeko lanak bizikide guztien onurarako egiten diren neurrian, etxeko langilearen enplegatzaile materiala familia dela, edo, etxea osatzen dutenak, familia edo ahaideak izan zein ez.

2.3. Gaur egun sektore honetatik kanpo dauden jarduerak

Enpresa batek langileentzako duen jantokian jarduten dutenak, edota sukalde eta jangela zerbitzuan aritzen diren garbitzaileak, familia-etxeko lan harreman bereziaren eremutik kanpo geratzen dira. Izan ere, eta lehenengo kasuari dagokionez, lantoki hori (enpresa, bere osotasunean, eta

⁴⁶ 1978ko abenduaren 29ko EAO, 311. zk. 14. art.

⁴⁷ RODRÍGUEZ CARDO, I.A. (2013, 9. or.).

honen barneko instalazioak) ezin da familia-etxetzat hartu, nahiz eta bertan garatutako jarduerak «etxeko jardueratzat» har daitezkeen⁴⁸. Hau da, lan harreman honetatik kanpo geratzen dira, oro har, haien edukiagatik etxeko zereginetara hurbil daitezkeen zerbitzuen prestazioak (hala nola garbiketa, tresneriaren zaintza etab.), betiere, negozio edo enpresa baten testuinguruan egiten direnean⁴⁹.

Azken baieztapen honi helduz, azpimarragarria da 1620/2011 EDk 2.3.artikuluari lan harreman arruntaren presuntzioa aipatzen duela, zeinek, esan bezala, zera arautzen duen: «familia-etxearen enplegatzaile titularraren eta langilearen arteko harremanak ez dira lan harreman berezizat joko, betiere, langile horrek, etxeko laneko zerbitzuak ematen jarduteaz gain, familia-etxeok ez diren beste zerbitzu batzuk edozein enpresatan ematen baditu. Alabaina, presuntzio hau aplikagarria izango da kontrakoa frogatzen ez den bitartean, izan ere, posiblea litzateke egiaztatzea etxeok ez diren zerbitzuen emate hori noizbehinkakoa dela, etxeko zerbitzuarekin berarekin alderatuz, alegia»⁵⁰.

Arean ere, jurisprudentiak arlo honen inguruan jasotako beste aipamen batek dioenez, ez dira lan harreman berezi honen barnean aurkituko zerbitzu ematea lokal⁵¹ batean gauzatzen dutenak, non erakunde erlijioso bati lotuta dauden pertsona talde bat bizi den eta zerbitzu iraunkor eta etengabeak behar dituzten (higiezinen eta arroparen garbiketa, janaria...). Beraz, tokiko erakundeak, laguntzaileen edo egoiliarren kopuruak, lana antolatzeko sistemak eta zentroaren zabaltasunak esan nahi dute ez dela etxe edo familia ingurune batekin lotutako ha-

⁴⁸ 2003ko martxoaren 25eko Madrilgo ANE (4º), 5439/2002 erre. zk. (2.Z.O.).

⁴⁹ «Relaciones laborales especiales: Relación laboral especial del servicio del hogar familiar». (2003, 3. or.).

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Zenbait solairuko etxebizitza moduan ulertuta.

rremana, baizik eta egoitza batekin lotutakoa, bertan zerbitzuak ematen baitira, besteren konturako beste edozein harremanetan bezala⁵².

Are gehiago, lan harreman berezi horretatik kanpo geratzen dira haurrak zaintzen eta/edo hizkuntzak irakasten aritzen diren gazte atzerritarrekin hain ohikoak diren «aldi bereko» harremanak⁵³ (*au pair*, frantsezez). Aipatzekoa da, familia-etxeko zerbitzuaren lan harreman bereziaren eta «aldi bereko» izeneko negozio juridikoaren arteko aldea zera dela; lehenengoak, lan harreman baten ohiko ezaugarriak dituela (ordaindutakoa eta inorentasunean eta mendekotasunean egindakoa den lana), eta bigarrenak, berriz, familia bizikidetzak dakarrela. Hau da, bizikideak bere gain hartzen du haurrak zaintzeko, hizkuntzak irakasteko edo bestelako zeregin osagarriren bat egiteko betebeharra, noizbehinkakoa litzatekeena, eta, jarduera horien truke, alokairu izaerarik ez duten elikadura, ostatua edo gastuen konpentsazioak jasotzen ditu. Horregatik, jasotzen duen truke hori ez da ulertzen berarekin bizi den familiarentzat ematen dituen zerbitzu edo jardueren kontraprestazio gisa⁵⁴.

Azkenik, legegileak lan esparru honetatik at uzten ditu baita ere zaintzaile profesionalak, mendekotasuna duten pertsonak aldi baterako edo etengabean etxean artatzen dituztenak, baldin eta erakunde publikoek edo erakunde pribatuak kontratatzen badituzte. Azken aipamen hau abenduaren 14ko 39/2006 Legeak araututakoaren arabera da, Autonomia Pertsonala sustatzeari eta Mendetasun Egoeran dauden pertsonak Zaintzeari buruzkoa⁵⁵, hain zuzen. Hala eta guztiz ere, arreta pertsonalean eskusiboki lan egiten duten langileen kasuan, lanarekiko duten kualifikazioa ez da izango oztopo burutzen duten lana, etxeko lan gisa

⁵² 2015eko irailaren 22ko EAEko ANE (4º) 1467/2015 erre. zk. (1. Z.O.).

⁵³ MIÑAMBRES PUIG, C. (2013, 5. or).

⁵⁴ 2000ko maiatzaren 22ko Valladolideko ANE (4º), 564/2000 erre. zk. (2. Z.O.).

⁵⁵ 2006ko abenduaren 15eko EAO, 299. zk.

ulertzeko⁵⁶. Izan ere, zaintzaile profesional baten zerbitzu prestazioa familia-etxearen enplegatzailerak titularrak zuzenean kontratatzen badu, familia-etxearen parte den mendeko pertsona bat zaintzeko, hain zuzen, etxeko lantzat hartu ahal izango da⁵⁷. Doktrinak ondorioztatutako hau 1620/2011 EDren 1.4. artikuluan aurreikusitakoarekin lotu daiteke, zeinek arautzen duen «lan harreman berezi honen helburua da... familiako kideak edo etxeko edo familiako eremua osatzen duten pertsonak zaintzea edo artatzea». Horregatik, aldeztu aurretik adierazitako arreta pertsonala behar duen pertsona familia-etxearen baitan bizi bada, eta familia-etxearen enplegatzailerak titularrak kontratatuz gero norbait pertsona hori beren-beregi zaintzeko, ulertu ahalko da kontratatutako pertsona hori etxeko lanari dagozkion zerbitzuak ematen ari dela. Hortaz, etxeko langiletzat jo ahalko da.

Ikus daitekeenez, legez, lan esparru honetatik kanpo dauden jarduerak enuntziatuta daude, baina ez, ordea, guztiz garatuta. Hau da, zenbait autorek zehaztutako juridikoaren eskasia nabarmentzen dute, eta horrek langile sektore honetatik at jarduera edo lan mota gehiegi biltzea eragin dezake, zalantza edo ziurgabetasun ugari sortuz⁵⁸.

III. ARAUBIDE JURIDIKO APLIKAGARRIA

3.1. Azaroaren 14ko 1620/2011 zenbakidun Errege Dekretua. Aplikazioa eta ondorioak lan esparruan

Aldeztu aurretik azaldutakoaren ondorioz, eta 1424/1985 zenbakidun EDk, familia-etxeko zerbitzuaren lan harreman berezia arautzen due-

⁵⁶ OTXOA CRESPO, I. (2012, 41. or.).

⁵⁷ MIÑAMBRES PUIG, C. (2013, 6. or.).

⁵⁸ SÁNCHEZ GIMÉNEZ, R., JIMÉNEZ ROMERA, G. (2018, 717. or.).

nak⁵⁹, 25 urte baino gehiagoko indarraldia izan ostean, espainiar legegileak araubide juridiko berezi hau gizarte errealitate berrira egokitzea komenigarritzat jo zuen. Gainera, gaur egun arte eraldaketa esanguratsuak gertatu izan dira oinarritzko giza eskubideen arloan, bereziki lan arloko diskriminazio ezari, langileen lanpostuko egonkortasunari eta gizatalde desberdinen lan baldintzak parekatzeari dagokienez. Hori dela eta, batez ere giza babes arloaren onura bilatzeko asmoz eta, zioen azalpenean bertan aipatzen denez gero, «familia-etxean zerbitzuak ematen dituzten pertsonen lan baldintzak duintzen jarraitzeko helburu nagusiarekin»⁶⁰, azaroaren 14ko 1620/2011 ED promulgatu zen, aldez aurreko legeria indargabetu zuena eta, aldi berean, lan erregimen berezi honi arauketa berri bat esleitu ziona.

Ekimen honekin, alde batetik, ohiko lan harremanekin dauden funtsezko desberdintasunak uztartu eta, bestetik, bi lan araubideen lan baldintzak pixkanaka parekatzea bilatzen da. Azken batean, esan bezala, familia-etxe-ko enplegatzaile titularraren eta etxeko langilearen arteko harremana ez da edozein lan harreman. Izan ere, ez datza bere etxean burutu dezakeen lan batean; aitzitik, enplegatzaile titularraren etxean bertan egiten du lan. Horregatik, nabarmentzekoa da erregulazio juridiko berezi baten beharra, alderdien arteko konfiantza harreman estua dela eta. Berezitasun hori aurreko araubide berezian aurreikusten zen, eta sistema berezi berrian errespetatzen den aztertu beharko da, horrek araubide orokorrera bidea egiteko lotura gisa balioko baitu⁶¹.

Homogeneizatzeko legegintza ahalegin honetan, LETBren arauketa erreferentzia gisa jotzen da, etxeko lanaren arloan garatu beharreko eskubide berri eta zabalago batzuk ezartzeko, hain zuzen⁶². Honekin ba-

⁵⁹ 1985eko abuztuaren 13ko EAO, 193. zk.

⁶⁰ 2011ko azaroaren 17ko EAO, 277. zk. Zioen azalpena.

⁶¹ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. (2011, 2. or.).

⁶² MIÑAMBRES PUIG, C. (2013, 2. or.).

tera, Lan Ikuskaritzari dagokio, aztergai den lan esparru honetarako, lan arloko legeria betetzen dela ziurtatzea (12.art)⁶³. Aldi berean, dagoeneko burutu izan diren kontratuen onarpena eta haien azkentzea jakinaraztea Estatuko Enpleguaren Zerbitzu Publikoaren eskumena izango da, aldez aurretik aipatutako 1620/2011 EDk beren-beregi arautzen duelarik⁶⁴.

Azken batean, arauketa berri honek, lan-zuzenbidearen muinean kokatzea izango du helburu. Izan ere, CARDENAL CARROREN hitzetan, familia-etxean zerbitzuak ematea ez da, honezkero, KZren 1584.artikuluak araututako «morroi» edo «zerbitzariaren» figurara biltzen. Aitzitik, zerbitzu emate honek, berezko berezitasunak mantentzearekin batera, ohiko lan harremanekin pareko mailakatze bat aurkeztuko du⁶⁵. Hortaz gain, jakin beharra dago KZk, berez, «*morroien eta alokairupeko langileen*» zerbitzu kontratua arautzen duela soilik eta, horrekin batera, lan-zuzenbidea, zuzenbideko zati autonomo eta bereizi moduan agertu izanak, praktikan, KZren arauketa sorospidez aplikatzea ekarri duela⁶⁶. Arrazoi horregatik, lan esparru honetan eta langile mota hauentzat nagusitzen diren arauketak lan-zuzenbideari loturikoak izango dira.

Jarraian, eta aipatutako guzti hau abiaburutzat joz, 1620/2011 EDan jasotako arauketa eta edukia aztergai izango dira. Espainiar lan ordenamenduan azken urteotan jaso diren homogeneizatzeko aurrerapenak eta berrikuntzak zehaztu eta kontuan hartuko dira, lan harremanen arloan eboluzio positibo bat ekarri dutenak. Halaber, Gizarte Segurantzari dagokionez, araubide berezi honekiko nabarmena izan den babes arloko aurrerapena ere aztertuko da, bai arrisku arruntei zein profesionali begira, hain zuzen ere.

⁶³ 2011ko azaroaren 17ko EAO, 277. zk, 1997ko azaroaren 15eko EAO, 274. zk. arautzen duenaren arabera.

⁶⁴ 2011ko azaroaren 17ko EAO, 277. zk. Lehenengo xedapen gehigarria.

⁶⁵ CARDENAL CARRO, M. (2000, 10. or.).

⁶⁶ URRUTIA BADIOLA, A. M. (2019, 101. or.).

3.2. Etxeko langileen maila Gizarte Segurantzako sistemaren. Tes- tuingurua

Gizarte Segurantzako Sistemak ere homogeneizazio prozesu bat izan du, eta horren bidez, Araubide Orokorren arauak sistema osora zabaldu dira, beste ekimen batzuez gain. Hori dela eta, zenbait arazo edo disfunzio azaleratu dira, Espainiako gizarte babesa erregulatzen duen araudian etengabe doitu behar izan direnak, alegia⁶⁷. Gertakari hauek zuzenean eragin diote hurrengo ataletan aztergai izango dugun sistema bereziari. Esan beharra dago, azken honek orain arte aztertu izan diren langileak bere baitan biltzen dituela. Esan bezala, Gizarte Segurantzako sistemaren esparruan, egokitzat jo zen, etxeko langileen jarduera sektoreari erregulazio berezi bat aplikatzea.

A. *Araubidearen aurrekariak, bilakaera eta Etxeko Langileen Araubide Berezia Gizarte Segurantzaren Araubide Orokorrean sartzeko beharra*

Aztergai den lan esparru hau Gizarte Segurantzaren babespean dago aspaldidanik. Hala ere, etxeko langileek ez zuten haien burua ikusi gizarte-aseguruen inguruko arauketaren babes esparruan martxoaren 17ko 385/1959 zenbakidun Dekretua⁶⁸ agertu zen arte. Dekretu honek, lehendabizikoz jaso zuen lege xedapen idatzi bat, zeinek etxeko langileak onartzen zituen gizarte aurreikuspeneko sistemari⁶⁹. Izan ere, Errepublikaraitik zetorren gizarte-asegurua bateratzeko proposamena, eta, horrekin batera, gizarte-aseguruetan etxeko zerbitzua eta bertan ziharduten langileak barneratzea bertan behera geratu ziren. Bada, hauek etxeko zerbitzutik kanpo uztea zuzenean bateragarria zen gizonetzko esleitzen zitzaizkien familia eginkizunekin. Izan ere, arlo honi erreparatuz gero, eta

⁶⁷ BLASCO RASERO, C. (2013, 1. or.).

⁶⁸ 1959ko martxoaren 24ko EAO, 71. zk.

⁶⁹ GALA VALLEJO, C. (1991, 22. or.).

XX.mendean kokatuz, emakumezko eta gizonezkoek burututako lanek ez zuten estatus berdina, doktrina nahiz jurisprudentzia zirelarik desberdintze hori finkatzen zutenak.

Gauzak horrela, doktrinak, bere aldetik, etxeko lanetik kanpo uzten zituen etxeko zerbitzuaren ezaugarriak betetzen ez zituzten lan espezializatuak. Horien barruan, gizonezkoen txofer eta lorezainen lanbideak sartzen zituen⁷⁰. Haatik, Aurreikuspeneko Zuzendaritza Nagusiaren 1945eko urriaren 29ko Ebazpenean⁷¹, etxe partikularretako jostunaren aurkakoa (emakumezkoa zelarik), honek bere jarduera besteren konturako lantzat aldarrikatzen zuen, Aseguruen eta Gizarte Sorospenen Araubide Orokorrak aplikatzearen ondorioetarako. Lehenengo lan espezializatuan ez bezala, azken kasu honetan, erakundeak ez zuen zalantzarik izan zereginaren etxeko izaera adierazi eta baieztatzeko. Nabarmentzekoa da, garai hartan, Sorospenen Erregelamenduak, 1938ko urriaren 20ko Dekretuak⁷², etxeko zerbitzariak kanpoan uzten zituela 3.b artikuluan⁷³. Hortaz, gertakari horiek kontuan hartuta, ondorioztatu daiteke etxeko zerbitzuaren lan eremua, beste lan harreman batzuekin alderatuta, desabantailan zegoela gizarte-aseguruen babesari zegokionez. Horrekin batera, emakumezkoa izanda lan esparru horren baitan jarduten zuena, ikus daiteke, genero hau zela, beste behin, desabantaila horiek pairatu behar zituena.

Dena den, aipatzekoa da 1944ko uztailaren 19ko Legea, etxeko zerbitzu-ko langileei gainerako langileek dituzten sorospen eta gizarte-aseguruen onurak zabaltzen dizkiena⁷⁴. Honen bidez, etxeko zerbitzuan zebiltzan langileei gainerako langileek zituzten sorospenen eta gizarte-aseguruen

⁷⁰ OTXOA CRESPO, I. (2012, 67. or.).

⁷¹ *Boletín de Información del Instituto Nacional de Previsión* (1945, 2.362. or.).

⁷² «Ley de Bases creando el Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares» (1940, 25. or.).

⁷³ OTXOA CRESPO, I. (2012, 67- 68. orr.).

⁷⁴ 1944ko uztailaren 21eko EAO, 203. zk.

onurak ahalbidetu zitzaizkien, hala nola: familia-sorospenak eta zahartza-rokoak ezarritakoak edo lan istripuen eta gaixotasunen aseguruak ezarritakoak. Hala ere, aipatutako araua ez zenez erregelamendu bidez garatzera heldu, legeak berak jasotako aurreikuspenak ez ziren aplikatu⁷⁵.

Jarraian, sektore honentzat Gizarte Segurantzako araubide bat arauz sistematizatu zuen lehendabizikoa irailaren 25eko 2346/1969 Dekretua⁷⁶ izan zen, Etxeko Zerbitzuaren Gizarte Segurantzaren Araubide Berezia arautzen zuena. Aipatutako honekin batera, abuztuaren 1eko 27/2011 Legea⁷⁷ onartzeak, Gizarte Segurantzaren sistema eguneratzeari, egokitzeari eta modernizatzeari buruzkoa, hain zuzen, erreforma ugari eta garrantzitsuak ekarri zituen eta, horien artean, Etxeko Langileen Araubide Berezia dago. Lan esparru horretan burututako lehenengo berrikuntza araubide hori berori desagertzea izan da, eta, ondorenez, Araubide Orokorrean integratzea, horretarako Sistema Berezi berri bat sortzea erabakiz⁷⁸. Hori dela eta, 2012ko urtarrilaren 1etik aurrera, Etxeko Langileen Gizarte Segurantzaren Araubide Berezia, Araubide Orokorrean barnean aurkitzen da, sistema berezi bat ezarriz langile hautentzat. Azken baieztapen hau abenduaren 28ko 29/2012 ELDko lehen xedapen orokorrean beren-beregi arautzen da, hain zuzen ere, ELSBn kudeaketa eta babes soziala hobetzeari buruzkoa eta izaera ekonomiko eta sozialeko beste neurri batzuk hartzeko⁷⁹, jarraian aztertuko dena. Ekimen horrek, PANIZO ROBLES hitzetan, Gizarte Segurantzaren egitura sinplifikatzeko prozesua aurrera eramaten lagundu zuen⁸⁰.

⁷⁵ BERNAL MARTÍN, S. (1951, 43. or.).

⁷⁶ 1969ko urriaren 15eko EAO, 247. zk.

⁷⁷ 2011ko abuztuaren 2ko EAO, 184. zk.

⁷⁸ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. (2013, 1. or.).

⁷⁹ 2012ko abenduaren 31ko EAO, 314. zk.

⁸⁰ PANIZO ROBLES, J. A. (2011, 9-11. orr.).

B. Abuztuaren 1eko 27/2011 Legearen garrantzia eta abenduaren 28ko 29/2012 Errege Lege Dekretuaz geroztik egindako aldaketak

Gaur egun, legeria desberdinek ahalbidetzen dute etxeko langileentzat Gizarte Segurantzaren arloari dagokion arauketa. Hain zuzen ere, nabarmentzekoa da alde aurretik aipatutako abenduaren 28ko 29/2012 ELD. Arauketa honek aldaketa batzuk burutu zituen sistema berezi berri horren araubide juridikoan. Honekin batera, abuztuaren 1eko 27/2011 Legearen 39.xedapen gehigarriari esker, talde hau, GSAOean barneratu zen, sistema berezi bat ezarriz. Gaur egun, xedapen gehigarri hori indargabetuta dago eta, beraz, abenduaren 28ko 29/2012 ELDren erregulazioan jasotzen dira arlo honi dagokion legezko jarraipena.

ELSBan aurki daitezke, beraz, familia-etxe batean lan harremanaren bidez etxeko zerbitzuak ematen dituzten pertsona guztiak, edozein dela ere egiten duten lanaldia, eta ez da baztertzen, aurreko araudian bezala⁸¹, etxeko lan partziala edo etena. Azken aipamen honi dagokionez, VELA DÍAZEN esanetan, 27/2011 Legearen aplikazioari begira, langileen arteko bereizketarik eza bermatzeko, alderdi garrantzitsuenen artean hurrengoa legoke: «enplegatzaile guztiak, lanaldia lanaldi osokoa edo ordukakoa izan, eta langileak enplegatzaile bati edo gehiagori zerbitzuak ematen badizkie ere, Gizarte Segurantzako Enpresaburuen Erregistroan sartuta geratzen dira. Bestalde, langileek enplegatzaile bakoitzarentzat lan egiten duen ordu kopurua edozein dela ere, sistema berezian sartzea nahitaezkoa da, eta enplegatzailea izango da langileari alta eskatzeko eta ordaintzen dion hileko ordainsaria jakinarazteko arduraduna»⁸².

Nolanahi ere, sistema berezi berria ezarri eta orduz geroztik igarotako epean, agerian geratu da haren funtzionamenduan hainbat anomalia

⁸¹ 1969ko urriaren 15eko EAO, 247. zk.

⁸² VELA DÍAZ, R. (2013, 133. or.).

daudela. Irregularitasun posible horiek direla medio, lege aldaketak egin behar izan dira, lan esparru honen konfigurazio juridikoaren mesedetan, hobekuntzak lortzeko. Aipatutako aldaketek egoera espezifiko batzuk barnebiltzen dituzte, jarraian zehaztuko direnak. Doktrinaren arabera, langile horiek GSAOean sartzeko trantsizio aldian lortutako emaitzak, «nahi eta espero daitekeenaren azpitik»⁸³ zeuden. Horrela, ba, prozesua malgutzeko ahalegina egin da, hainbat inguruabar pertsonal direla eta (adinekoak izatea, mugikortasun murriztukoak izatea edo Gizarte Segurantzarekin ohituta ez egotea, besteak beste), enplegatzaile askok ez zitelako alta eman haien langileei. Edozein modutan ere, eta doktrinaren aipamenekin bat etorritik, ezin da arazoa gehiegi sinplifikatu, edo ez litzateke hori egin behar, behintzat; horrelako arrazoiketei soilik egotziz itxaropenen ez betetzea⁸⁴.

3.3. Aplikazio esparruaren ñabardura aipagarrienak

Zenbait autorek diotenez, sistema bereziaren sorrerak gabeziak aurkeztu ditu, eta legegintza teknika da bereziki kritikatu dena, ez baita oso ortodoxoa. Izan ere, bai sistema bereziaren sorrera zein haren funtsezko erregulazioa ere, pentsioak erreformatzeko eta sistemaren bideragarritasunari laguntzeko sortutako lege baten xedapen gehigarri batean⁸⁵ jasotzen dira. Hau da, ez da erregelamendu garapenik onartu, ezta sistema berezi horretarako berariaz diseinatutako araurik ere. Era berean, alde aurretik indarrean egon den Etxeko Langilearen Araubide Bereziaren arau egitura ere, bere osotasunean, ez da indargabetu. Beraz, doktrinak adierazten du, horrek guztiak, sistema berezi berria arautzen duen esparru juridiko zehatzari buruzko ziurgabetasuna handiagotzea dakarrela⁸⁶.

⁸³ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑÍZ, J. (2013, 5. or.).

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ 2011ko abuztuaren 2ko EAO, 184. zk., 39. xedapen gehigarria.

⁸⁶ RODRÍGUEZ CARDO, I.A. (2013, 3. or.).

Zehatzago esanda, 27/2011 Legearen 39.xedapen gehigarriak ez zuen zehazten sistema bereziaren aplikazio eremua. Aitzitik, Araubide Orokorrean barneratu zituen jadanik Araubide Bereziaren partaide zirenak, edota, etorkizunean, sistema berezian sar zitezkeenak. Horrenbestez, etxeko langileentzat sortutako sistema bereziaren aplikazio eremua bat zetorren langile hauek beren-beregi osatzen duten lan harreman bereziarekin⁸⁷. Ildo beretik, RUANO ALBERTOSEN aburuz, desiragarria litzateke, bai babes mekanismo partikularrean sartzea, hau da, Etxeko Langileen Sistema Berezian; zein Araubide Orokorrean langile arrunt gisa sartzea, lan harremanaren kalifikazioaren mende egotea, disfuntzioak saihesteko, hain zuzen⁸⁸. Bada, lan harreman arrunt edo berezia izatearen kalifikazioak berak mugatu dezala araubide batean ala bestean sartzearren arrazoia.

Aipatutako guztiarekin, ondorioztatu dezakegu erreforma prozesu esanguratsu baten aurrean gaudela, lan harreman honen araubide juridikoa eta etxebizitza partikularretan etxeko zerbitzura jarduten duen langileen babes baldintzak aldatu dituen. Honekin guztionekin, badira aldaketa batzuk aipatutako 27/2011 Legean bertan aurreikusi direnak, baina, badira, baita ere, irregulartasun jakin batzuei edo lortu nahi ez ziren ondorio batzuei erantzuten dieten aldaketak. Bada, azken hauek, funtsean, abenduaren 28ko 29/2012 ELDren bidez egin dira. Era berean, badirudi 29/2012 ELD nolabaiteko atzerapausoa dela aipatutako Gizarte Segurantzako Sistema homogeneizatzeko prozesuan. Izan ere, doktrinaren esanetan, arau horretan, 2011n, legegileak kolektibo hori Araubide Orokorrean sartzean ezabatutako Etxeko Langilearen Araubide Bereziaren zenbait berezitasun lehengorutzen dira, kokatze egintzak⁸⁹ kudeatze-

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ RUANO ALBERTOS, S. (2012, 11. or.).

⁸⁹ GSDNn egindako administrazio-egintza, zeinaren bidez subjektua, enpresaburua edo langilea izan, Gizarte Segurantzaren Sisteman sartuta geratzen den. *Guías jurídicas, Wolters Kluwer: actos de encuadramiento*.

ko eta kuotak ordaintzeko betebeharra eta ardura duten subjektuei dagokienez, alegia. Hori gutxi balitz, doktrinaren esanetan, momentura arte kotizazio arau komunak aplikatzeko hasitako bidearen zati bat desegin da; eskala berri bat ezartzen baita, etxeko langileen kotizazio oinarriak beraien benetako alokairuetatik urruntzeko aukera ematen duena⁹⁰.

Gauzak horrela, hurrengo ataletan, aipatutako aldaketa horiei erreferentzia egingo zaie, langile hauengan izandako eragina aztertuz; eta zein izan den langile mota hauek jasotako babes maila, hauen lan egoera kontuan izanda.

A. Kokatze egintzak eta Gizarte Segurantzaren Sistemaren afiliazioa, alta eta baja emateko betebeharra

Hasteko, etxeko langileak Araubide Orokorrean sartzeko, Gizarte Segurantzaren sistema osatzen duten edozein araubideetan gertatzen den moduan, dagokion araubidean alta emateko eskaera egiten da. Arean ere, Araubide Orokorreko ELSBn alta edo baja emateko, enpresaburuak nahitaez jakinarazi behar du langileak zerbitzuak ematen hasi direla. Era berean, hala badagokio, zerbitzua emateari utzi diotela adierazi beharko du, langileak dauden araubidean alta edo baja eman diezaioten, hurrenez hurren, betetzen duen jardueraren arabera⁹¹. Kasu honetan, beraz, epea orain arte Araubide Orokorreko aurreikusitakoa izango da. Bada, langileak zerbitzua ematen hasi baino lehen aurkeztu beharko ditu alta eskabideak, baina inola ere ezingo da izan zerbitzuak ematen hasteko aurreikusitako eguna baino 60 egun natural lehenago⁹²; eta, baja hartzeko epea, 3 egun naturalekoa izango da, lana utzi eta hurrengo egunetik zenbatzen hasita⁹³.

⁹⁰ BLASCO RASERO, C. (2013, 4. or.).

⁹¹ 1996ko otsailaren 27ko EAO, 50. zk. 29.1.1. art.

⁹² *Ibidem*, 32.3.1. art.

⁹³ *Ibidem*, 32.3.2. art.

Horrenbestez, printzipioz, enplegatzaileak⁹⁴ eskatu beharko ditutak sistema berezian, Araubide Orokorrerako aurreikusitako ohiko epeetan⁹⁵, langileak zerbitzuak ematen dituen familia-etxe bakoitzeko alta bat egon behar delarik beti. Gauzak horrela, legez, lanean hasiko den pertsonak alta emanda egon behar du Gizarte Segurantzaren ezinbesteko baldintza bat baita. Haatik, praktikan, hori ez da bere osotasunean gauzatzen, egon badirelako pertsona batzuk lanean, Gizarte Segurantzak horren berri izan gabe. Honi dagokionez, eta GSLOTBren⁹⁶ 167.2.artikuluko erregulazioa kontuan izanda, «afiliazioaren, alten eta bajen eta kotizazioaren arloko betebeharrak betetzen ez badira, erantzukizuna eskatuko da, prestazioak ordaintzeari dagokionez». *Horrekin batera, 167.3.artikuluak zera gehitzen du: «aurreko paragrafoan ezarritakoa gorabehera, erakunde kudeatzaileek, Gizarte Segurantzarekin elkarlanean diharduten mutuek edo, hala badagokie, zerbitzu erkideek beren gain hartuko dute prestazioen ordainketa, enpresaburuek ordainketa horri begira duten erantzukizunaren norainokoa arintzen den neurrian».*

Beraz, afiliatzeko betebeharrak hori ez betetzeak, langilearekiko diskriminazio eta ikusezintasun egoerak eragiteaz gain, hainbat ondorio ekar ditzake, eta enplegatzaile titularra izango da horien erantzule. Bada, zalantzarik gabe, lan istripuak gerta daitezke langileak bere zerbitzuak ematen dituen bitartean. Horren haritik, jurisprudentziak zera planteatzen du, lan istripu horiek gertatzen badira eta langilea Gizarte Segurantzaren babespean ez badago, betebeharren ez betetzea gauzatu duen enpresa izango da zuzeneko erantzulea, aldi baterako ezintasunaren prestazioa ordaindu beharko duena, alegia. Gainera, mutualitate laguntzailea kasuan kasuko enpresaren

⁹⁴ Jarduera sektore honi dagokionez, «familia-etxearen enplegatzaile titularra» joko da enplegatzailetzat.

⁹⁵ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (2011, 6. or.).

⁹⁶ 2015eko urriaren 31ko EAO, 261. zk.

aseguratzailea izatekotan, honek ez luke berenganatuko erantzukizun solidariorik prestazio osoaren ordainketarekiko⁹⁷. Dena den, alde aurretik aipatutako GSLOTBren 167.3.artikuluaren arauketa jarraituz, mutualitateak kasuan kasuko aurrerakina emateko betebeharra luke.

Aitzitik, aztergaia den lan esparruari dagokionez, eta EAEko ANEren 1613/2019 epaiari helduz, Etxeko Langileen Araubide Bereziari, kasu hauetarako, tratu desberdina ematen zaio. Izan ere, Araubide Orokorrean sartu zenean, arautu zen GSLOren 167. artikuluan aurreikusitako enpresa erantzukizunaren araubidea ezin zitzaiola aplikatu familiaburuari⁹⁸, «*familia-etxearen enplegatzaile titularra*» delakoari, hain zuzen. Aipatutako tratu desberdinaren kontzeptua «enpleguan eta okupazioan aukera edo tratu berdintasuna deuseztatzea edo aldatzea dakarren edozein bereizketa, bazterketa edo lehentasun»⁹⁹ekin lotu daiteke. Ildo beretik, eta aipatutako epaiaren jurisprudentziarekin jarraituz, tratu desberdin hori justifikatuta legoke etxeko langileen jarduera esparruaren kasurako. Izan ere, «degegileak, alta eta kotizazio ezagatik sortutako enpresa erantzukizun zuzenetik kanpo utzi ditu familia-etxearen enplegatzaile titularrak, gainerako enpresekin alderatuta. Justifikazio hori familia-etxeko eremuan garatzen den langileen harreman berezian dago, familia-etxearen enplegatzaile titularra irabazi asmorik gabeko pertsona fisikoa baita, konfiantza giroan eta etxe baten barruan garatzen delako, etab.¹⁰⁰».

Hala eta guztiz ere, azpimarratzekoa da, gaur egun, badagoela indarrean erregulazio bat, langile mota hauen babes maila hobea bermatzeko asmotan, zenbait ñabardura jasotzen dituena Gizarte Segurantzaren

⁹⁷ 2014ko apirilaren 10eko Bartzelonako ANE (4º), 914/2014 erre. zk. (Z.O. Bakarra).

⁹⁸ 2019ko urriaren 22ko EAEko ANE (4º), 1613/2019 erre. zk. (9. Z.O.).

⁹⁹ 1968ko abenduaren 4ko EAO, 291. zk. 1.a) art.

¹⁰⁰ 2019ko urriaren 22ko EAEko ANE (4º), 1613/2019 erre. zk. (9. Z.O.).

arloan. Azaroaren 4ko 1596/2011 ED¹⁰¹ litzateke, 4.1.artikuluari, hain zuzen, Gizarte Segurantzari afiliatzeko eta alta emateko betebeharrak arautzen duena, sistema berezi honen onuratan. Era berean, 4.2.artikuluari beren-beregi arautzen da adierazitako babes hori zabaltzen denetik aurrera, lanbide-gertakizunen estaldura ere ezarriko dela, eta, hortaz, «*familia-etxearen enplegatzaile titularrak ez baditu bete etxeko langileen afiliazio, alta edo kotizazio betebeharrak, aitortuko dira hari dagozkion lanbide-gertakizunetatik eratorritako prestazio ekonomikoak*». *Betiere*, kontuan izan gabe familia-etxearen titularrari eskatu beharreko kotizazio ordainketaren eta ondoriozko zehapenen erantzukizuna. Hau da, ez da aplikagarria izango GSLOren 126. artikuluan araututako prestazioen erantzukizunen araubidea¹⁰².

Zehatzago esanda, langile mota hauek Gizarte Segurantzaren sisteman kokatze aldera, azaroaren 4ko 1596/2011 EDren¹⁰³ azken xedapenetatik bigarrenak¹⁰⁴, bigarren atalean arautzen duenaren arabera, «Etxe Zerbitzarien Araubide Berezia, familia-etxeko zerbitzariak berak izango du afiliazioa, alta eta baja eskatzeko betebeharrak, langile horrek familia buru bati edo batzuei zerbitzuak ematen dizkienean. Etxe zerbitzariak bere zerbitzuak eman beharko ditu lanaldi partzialean, dela iraupen mugagabearekin, aldizkako langile finko edo jarraitutasunik gabeko langile finko gisa, dela iraupen jakinarekin, LETBren 15.artikuluari arautzen dituen kasuetan». Era berean, atal horretan bertan zehazten zen lanaldi partzialean emandako zerbitzu gisa hartuko zirela «hilabetean 80 lanordutik behera benetan emandako zerbitzuak» eta, horretarako, hilero gutxieneko

¹⁰¹ 2011ko abenduaren 2ko EAO, 290. zk.

¹⁰² 2019ko urriaren 22ko EAEko ANE (4º), 1613/2019 erre. zk. (9. Z.O.).

¹⁰³ 2011ko abenduaren 2ko EAO, 290. zk.

¹⁰⁴ Arauketa honek aldatu egin zuen Gizarte Segurantzari enpresak inskribatzeari eta langileen afiliazioari, altei, bajei eta datu aldaketei buruzko Erregelamendu Orokorra, urtarrilaren 26ko 84/1996 EDk onartua (1996ko otsailaren 27ko EAO, 50. zk.).

Etxeko langileen araubide berezia: iraganeko menpekotasun egoera, oraingo eronka eta etorkizuneko oparotasuna

72 orduko lanaldia ezarri zen, hilean 12 egunez, gutxienez. Bada, iraupen hauek kontuan izanda, zerbitzu emateak hilean 72 ordu baino gutxiago irauten bazuen, etxeko langile horren jarduera baztertu egiten zen, sistemaren aplikazio eremutik kanpo utziz. Honekin batera, prestazioa hilean 72 ordutik 80 ordu bitartekoa izatekotan, lanaldi partzialeko lan gisa kalifikatzen zen, eta, horregatik, langileak berak eskatu behar zuen Gizarte Segurantzako araubidean kokatzea¹⁰⁵.

Aipatzekoa da honek guztionek doktrinaren kritika jaso zuela. Izan ere, alde batetik, zalantzan jarri zen jarduera babestuak eta Gizarte Segurantzako Sistemaren aplikazio eremutik kanpo zeudenak bereizteko gutxienerako mugaren norainokoa, hots, 72 ordu eta hileko 12 egunena, hain zuzen. Doktrinaren aburuz, lanaldi partzialeko lanaren gutxienerako iraupenaren eta lan horrentzat aurreikusitako hileko gehieneko 80 orduen arteko tartea txikia zen, aldea 8 ordukoa baino ez baitzen. Ildo bereetik, sistemaren aplikazio eremutik kanpo zeuden lanen ordu kopuruaren muga hilean 72 ordutan ezartzearekin adostasun eza zegoen baita ere. Izan ere, kasuan kasuko lana sistematik baztertua izan zedin, ordu kopuru horren oso azpitik egon behar zuela uste zen¹⁰⁶.

Hala ere, esan beharra dago ez dela aurkitzen auzitegien ebazpene-tan irizpide argirik iraupen horiek hobeto mugatzeko edo zehazteko. Aitzitik, auzitegiek balorazio orokorrak egiten dituzte eta, horrenbestez, kasuaren inguruabarrak kontuan hartuta, bakoitzean erabakitzen dute lanaldi partzialeko lana edo sistematik kanpo legokeen lana den. Esate baterako, 457/2012 errekurtsio zenbakidun epaian, bazterreko lana litzatekeena definitzeko zera adierazi zen «los trabajos marginales se configurarán como aquéllos en los que el volumen de jornada a tiempo parcial es

¹⁰⁵ BLASCO RASERO, C. (2013, 5. or.).

¹⁰⁶ *Ibidem*.

prácticamente testimonial»¹⁰⁷. Hortaz, laburbilduz, BARCELÓN COBEDO-ren hitzetan, esan daiteke sistema horrek babesik gabeko egoerak ugaritu eta «iruzurrerako joera» zuela¹⁰⁸.

Nolanahi ere, abuztuaren 1eko 27/2011 Legeak etxeko langileen babes baldintzen berezitasun horiek ezabatzen ditu. Horregatik, 2012ko urtarrilaren 1etik aurrera, Araubide Orokorreko arau komunak aplikatuz, etxeko zerbitzuen prestazioa jasotzen duten enplegatzaileei dagokie sistemara afiliatzeko, alta emateko eta baja emateko betebeharrak orokorrak betetzea, kasu guztietan. Hau da, baita lanaldi partzialeko lanak kontratazeko edo iraupen txikiko zerbitzuak emateko kasuetan ere¹⁰⁹.

Lanaldiak aztertzen jarraituz, eta, zehazki, EAEren kasuan arreta jarrita, Etxeko Langileen Elkarteak ezagutzera emandako datuei erreparatuz, 2019.urtean, asteko lanaldian aritzen ziren etxeko langileen %80,95ak legeak eskatzen dituen asteko gehieneko 60 orduak baino gehiago egiten zuen lan (40 ordu benetako lanean eta beste 20 presentzian). Gainera, 80 gehiegizko lan orduetatik aurrera, langile gehiago zeuden administrazio egoera irregularrean, %47,73a, hain zuzen ere; eta, irregulartasun horren ondorioz, langile horiek ez zeuden Gizarte Segurantzaren altan emanda. Etxeko langileen kasuan kasuko egoerak hein handi batean baldintzatzen omen du hauei Gizarte Segurantzaren altan emateko joera handiagotu edo txikiagotzea. Bada, Etxeko Langileen Elkartearen 2019.urteko estatistikek diotenez, egoera erregularrean zeuden langileen %95,71ak Gizarte Segurantzaren altan emanda zeuden; hots, erregulartasun horrek berorrek bermatzen die Gizarte Segurantzaren babesa jaso ahal izatea¹¹⁰.

¹⁰⁷ 2012ko martxoaren 30eko Oviedoko ANE (4º), 457/2012 erre. zk. (2. Z.O.).

¹⁰⁸ BARCELÓN COBEDO, S. (2011, 357. or.).

¹⁰⁹ BLASCO RASERO, C. (2013, 6. or.).

¹¹⁰ *Etxeko Langileen Elkarte*, 2019.urteko estatistikak, 2-6. orr.

Etxeko langileen araubide berezia: iraganeko menpekotasun egoera, oraingo eronka eta etorkizuneko oparotasuna

Guzti hori gutxi balitz, datu berdinetatik abiatuta, antzeman daiteke joan den urtean langile hauentzat ez zela bete 1620/2011 EDren arauketak derrigortzen duen asteko gutxienerako 36 orduko atsedena. Izan ere, asteko lanaldian zebiltzan langileen %23,36ak ez zuen asteko gutxienerako atsedenera eta, era berean, %26,97ak soilik zituen legez derrigorrezkoak diren atsedenera ordu guztiak¹¹¹. Horrenbestez, emaitza hauek agerian uzten dituzte familia-etxeko enplegatzaile titularrek bere langileekiko dituen abusuzko jokabideak, kontuan izanda ez zaiela inolako zehapenik ezartzen horrelako portaerak izateagatik ala tratatu ez zitelegatik izateagatik. Datu hauen arabera, beraz, EAEko etxeko langileen kasuan, gehienek legez kanpoko baldintzetan egiten dutela lan, lanaldiari eta atsedenera dagokionez.

B. *Kotizazioa, kotizatzeke betebeharraren irismena eta erantzukizunen banaketa, zerbitzuak ematen emandako lan denboraren arabera*

Lehenengo hariari jarraituz, etxeko zerbitzutik eratortzen diren harremanetako, gizarte kotizazioen ordainketari dagozkion betebeharren erregulazioa kokatze egintzei dagokienaren parekoa izan da, lan harremanean parte hartzen duten subjektuen artean karga ekonomikoak eta betebeharrak banatzeari dagokionez, hain zuzen. Gauzak horrela, bai Araubide Bereziaren jatorrizko erregulazioan¹¹², bai Kotizazioko Erregelamendu Orokorrean¹¹³, aurretik aipatutako bereizketa egiten zen, enplegatzaile batentzat edo batzuentzat modu partzialean edo etenean zerbitzuak ematen dituzten etxeko langileen, eta enplegatzaile bakar batentzat modu eskusiboan eta iraunkorrean lan egiten zuten etxeko langileen artean. Lehenengo kasuan, kotizatzeke betebeharrak haiei ezartzen zitzaizkien eta, aldiz, bigarren kasuan, betebeharrak familia-etxearen enplegatzaile titularren eta langilearen artean banatzen zen. Kasu

¹¹¹ *Ibidem*, 3. or.

¹¹² 1969ko urriaren 15eko EAO, 247. zk.

¹¹³ 1996ko urtarrilaren 25eko EAO, 22. zk.

honetarako ere, kokatze egintzen arloan erabilitako arrazoi berdinetan oinarrituz, orokorrean, doktrinaren kritika nagusitu zen. Bereizkeriazkoa eta kaltegarria zen tratu bat salatzen zuten, hain zuzen ere, lanaldi partzialeko etxeko langileekiko, enplegatzaile bakarrarentzat soilik lan egiten zutenen aldean; eta, baita ere, Araubide Orokorren barruan aurkitzen ziren lanaldi partzialeko langileen aldean¹¹⁴.

Egitate horiek gorabehera, azpimarratzekoa da ELSB eratzean eta Araubide Orokorrean sartzean, kolektibo horretara hedatu zirela kotizazioaren arloko arau komunak. Bada, sistema berezi honetan, enplegatzailearen eta etxeko langilearen artean kotizatzekeo betebeharrak banatu zen, bakoitzari zegokion zatian, alegia; eta enplegatzailearen alderdiari egokitu zitzaion gizarte kotizazioak ordaintzeko erantzukizuna, kontratu mota eta zerbitzuak emateko denbora edozein izanda ere. Konkretuki, «2019tik aurrera, kotizazio tasa eta enplegatzailearen eta enplegatuaren arteko banaketa, Estatuko Aurrekontu Orokorren Legeak¹¹⁵ GSAOerako ezarritakoa izango da»¹¹⁶. Beraz, etxeko langileei ahalbidetutako Gizarte Segurantzaren babesa, gaur egun, parekatuta legoke Araubide Orokorren kasuan kasu jasotakoarekin.

Halaber, betebeharrak hori bi aldeentzat ezartzeak zama burokratiko handiagoa ekarri die etxeko langileak enplegatzen dituzten partikularrei, eta, horrenbestez, erantzukizun horren adierazgarri da, adibidez, enplegatzaileak GSDNri jakinarazi behar diola kotizazioko oinarriari eragiten dion edozein alokairu aldaketa. Arrazoi horregatik, etxeko zerbitzuak legeztatunetik kanpo eratzea edo eustea erabaki duten partikularren kopuruak gora egin du, hau da, kontratatutako langileekiko Gizarte Segurantzaren arloan dagozkien betebeharrak betetzen ez dituzten enplegatzaileak gero

¹¹⁴ GUERRERO PADRÓN, T. (2006, 37-38. orr.).

¹¹⁵ 2018ko uztailaren 4ko EAO, 161. zk.

¹¹⁶ 2011ko abuztuaren 2ko EAO, 184. zk., 39. xedapen gehigarria.

eta gehiago dira. Jakin beharra dago honek dakartzan ondorioak kaltegarriak direla, izan ere, doktrinaren esanetan, Estatuko organoek zailtasun handiak izan ditzakete etxe partikularretan ematen diren zerbitzuen eraginkortasuna egiaztatzeko, bai eta legea jarraian eta dagokion moduan betetzen dela egiaztatzeko ere. Zailtasun horien aurrean, maula edo iruzurra burutzeko edo, are gehiago, ezkutuko ekonomiako egoerak ugaritzeko arriskua susmatzen da¹¹⁷, familia-etxeko zerbitzuaren arloan gizarte kostuak handitu baitira. Honen erakusgarri dira Biztanleria Aktiboaren Inkestaren datuak, zeintzuek adierazten duten, 2019ko azken inkestaren arabera, pasaden urtearen amaieran 580.500 pertsona zeudela etxeko lanetan ari zirela ziurtatzen zutenak, hots, Espainia osoko okupatuak %2,9a¹¹⁸. Hala ere, horien guztien %68a baino ez dago alta emanda Gizarte Segurantzari, hau da, hirutik batek ezkutuko ekonomian lan egiten dute. Hortaz, herritarren eremu pribatu bati, (familia-etxeari, alegia) eragiten dion lan jarduera denez, araubide juridikoa, bere osotasunean, bigarren maila batean geratzen da, legez kanpo dauden lan harremanei bide emanez. VILLAR CAÑADAK, honen inguruan, zera dio, etxeetan ikuskapen eta kontrol mekanismoak ezartzeak dakarren zailtasun hori, oraindik ere, oinarri objektiborik ez duen babes desberdintasuna dela eta, beraz, bereizkeriazko tratua adierazpena dela¹¹⁹.

Aipatutako datuek Espainiako estatu osoa kontutan hartzen duten arren, komeni da tokiko egoera aztertzea baita ere. Iazko estatistiken arabera, EAEn asteko lanaldian zebiltzan langileen kasuan, lanordu kopuruak gora egin ahala, ezkutuko ekonomiak behera egiten zuen. Izan ere, 21 lanordu ala gehiagoko lanaldiak zituzten langileen artean, %94,41ak Gi-

¹¹⁷ BLASCO RASERO, C. (2013, 11-12. orr.).

¹¹⁸ *Estatistikako Institutu Nazionala* (2019ko laugarren hiruhilekoa). Okupatuak, sexuaren eta jarduera adarraren arabera. Balio absolutuak eta ehunekoak sexu bakoitzaren guztizkoarekiko.

¹¹⁹ VILLAR CAÑADA, I.M. (2011, 11. or.).

zarte Segurantzaren altan emanda zeuden, betiere, alde aurretik aipatutako egoera erregularrean egotearen baldintza betetzen zutenak zirelarik. Era berean, aipatzekoa da lanaldiko 40 ordu edo gehiago dituzten etxeko langileen artean, ia kasu guztietan, paperik gabeko etorkinak izateak eragiten duela Gizarte Segurantzaren altan ez ematea¹²⁰. Horrek guztiak erakusten duena zera da, EAEn, langile talde honek dituen baldintzak eta haien egoera ez dela oraindik ere gizarte aurrerakoi eta demokratiko batean espero zitekeen bezain ona eta, hori dela eta, hobekuntzak lortzeko ahalegina egiten jarraitu beharra dagoela.

C. Etxeko langileek jasotako babesa lanbide-gertakizunei dagokienez

Arestian aipatutako azaroaren 14ko 1620/2011 EDk, 7.1.artikuluaren dioenez, lan harreman honen edukia arautzerakoan, alegia, LETBren 4. eta 5.artikuluak bildutako eskubide eta betebeharrak etxeko langileei aplikatzeko modukoak dira eta, beraz, haietaz baliatu daitezke. Pentsa daiteke, bada, langile ororentzat arauturik dagoen legeria erkidera igorpena egiteak zerikusia duela hasiera batean planteatutako eta legegileak berak egindako ahalegin homogeneizatzailearekin. Hortaz, ahalegin horren adierazgarri bat litzateke, baita ere, langileen eskubide eta betebeharrak orokorrekin egin nahi den parekatze hau.

Esanak esan, EDko erregulazio horren hitzez-hitzeko interpretazio bat eginez, LETBren 4.2.d) atalean, konkretuki, jasotzen den eskubidea izan beharko lukete langile hauek, hots, «osotasun fisikorako eta laneko arriskuen prebentziorako politika egoki baterako eskubidea». Haatik, familia-etxea ez da LETBren 1.5.artikuluaren aipatzen den «lantoki»tzat jotzen, aipatutako eskubide hori erabiltzearen ondorioetarako. Hau da, legegilearen irizpidea zera litzateke, lan harreman berezi honen kasurako, ulertzen dela familia-etxea ez dela, berez, enpresa edo lantoki bat.

¹²⁰ *Etxeko Langileen Elkartea*, 2019.urteko estatistikak, 9. or.

Etxeko langileen araubide berezia: iraganeko menpekotasun egoera, oraingo eronka eta etorkizuneko oparotasuna

Horrenbestez, ez zaio langile hauei ahalbidetzen Araubide Orokorrean gainontzeko langileentzat jasotzen den babes, Laneko Arriskuen Prebentzioari buruzko azaroaren 8ko 31/1995 Legeak¹²¹ arautzen duena, hain zuzen ere. Gainera, arrazoiketa berdinari helduz eta doktrinaren hitzei erreparatuz, legegileak zalantzazkotzat jo izan du langileen oinarriko eskubide batzuen aplikazioa egokia den ala ez etxeko langileen kasu konkreturako. Eskubide horien artean LETLBk araututako «gatazka kolektiboetako neurriak hartzeko eskubidea», «greba eskubidea», «biltzeko eskubidea» eta «informazioa, kontsulta eta enpresan parte hartzeko eskubidea»¹²² lirateke zalantzaragarrinak, besteak beste. Honen ondorioz, MIÑAMBRES PUIGren ustez, «kasu hauetan, ohiko langileen eskubide sorta zabala gutxitu egiten da, lan harreman berezi honek batutako konfiantza harreman estuak eraginda. Izan ere, kasu bakoitzaren arabera, aukera egongo da, neurri batean edo erabat debekatzeko langileen jardueraren egikaritzaren hedapena edo aipatutako eskubideen erabateko eraginkortasuna»¹²³.

Zernahi gisaz, babes eza honen hutsunea nolabait konpentsatzeko, 1620/2011 EDra bueltatuz, 7.2.artikuluari jasotzen da kasuan kasuko enplegatzaileari dagokiola «etxeko langilearen lana segurtasun eta osasun baldintza egokietan egiten dela zaintzea», eta, horretarako, neurri eraginkorrrak hartu beharko ditu, etxeko lanaren ezaugarri zehatzak behar bezala kontuan hartuta. Beraz, oso modu orokorrean bada ere, adierazitako azken artikulua honi esker, etxeko langileak ez daude guztizko babesgabetasun batera bideratuta, beraien jarduera gauzatzeari dagokionez, behintzat.

Bestalde, azaroaren 4ko 1596/2011 EDk, lan istripuak edo lanbide gaitxotasunak eragindako lanbide-gertakizunen babesari dagokionez, eta, beraz, arlo horretan kokatuz, 3.artikuluari nabarmentzen du etxeko langileak (eta,

¹²¹ 1995eko azaroaren 10eko EAO, 269. zk. 3.4. art.

¹²² LETLBko 4.1.d, 4.1.e, 4.1.f eta 4.1.g; hurrenez hurren.

¹²³ MIÑAMBRES PUIG, C. (2013, 8. or.).

hala badagokie, haren senideek ere) hainbat prestazio jasotzeko eskubidea izango duela. Hauen artean, nabarmentzekoak dira osasun laguntza eta lanbide berreskurapena, besteak beste. Araubide berezi honen baitan dauden pertsonak jaso beharreko babes ekintza eraginkorra izateko helburu zuzena aurkezten du artikulu zehatz honek eta baita EDk, bere osotasunean.

Honekin guztionekin, aipatzekoa da, etxeko langileen gizarte babesari eta gai horretan gauzatutako aurrerapenari dagokionez, doktrina baieztatzerela heldu dela etxeko langileen araubide juridiko berria, hein handi batean, Toledoko Itunaren Laugarren Gomendioaren ezarpenarekin hasitako prozesuaren ondorio dela¹²⁴. Gomendio honek, zehazki, Gizarte Segurantzaren Sistemaren baitan orain arte aitortutako araubide bereziak homogeneizatzeko helburua lehenesten du. Horrekin batera, egokitzen jotzen du, araubide desberdinen artean, pareko gizarte babesa ezartzeko asmotan, dagoeneko hasitako lana bizkortu eta, ondorenez, ekimen horrekin aurrera jarraitzea. Horren haritik, araubide berezi horietako bakoitzarentzat babestutako gertakizunen norainokoa hedatzea aurreikusten du, eta prozesu guzti hau Araubide Orokorren babes ekintzaren kiko parekatze bat lortzeko helburuarekin planteatuta legoke¹²⁵.

Azkenik, gogoan izan behar da langileen kolektibo zehatz honentzat, hasiera batean, ez zegoela langabeziagatiko kotizazioa burutzeko betebeharririk, 27/2011 Legearen 39.xedapen gehigarriaren 3.f) atalean aipatutako ekimenen zain zeudelarik: «familia-etxeko zerbitzuaren izaera bereziko lan harremana berritzearen esparruan, gai horri dagokionez ezar daitezkeen ekimenak», alegia. Horrek, araubide bereziaren baitan biltzen diren langileak desabantailan kokatzen zituen, kotizazio ezak ez baitziren ahalbidetzen langabezia prestaziorik eta ezta antzeko babesik ere ez. Era berean, langile hauek betidanik pairatu duten prekarietatea agerian

¹²⁴ MIÑAMBRES PUIG, C. (2013, 14. or.).

¹²⁵ «Renovación del Pacto de Toledo» (130. or.).

zegoen, legeak berak ere, zirudienez, maila horretara bideratzen baitzi-tuen. Aitzitik, 1620/2011 ED indarrean sartzearekin batera, 2.xedapen gehigarriaren 2.2.atalean, jarduera honen berezitasunetara egokitutako langabezia babeseko sistema bat ezartzearen bideragarritasunaz hitz egin zen, kontribuzio, elkartasun eta finantza iraunkortasunaren printzipioak bermatzeko asmoz. Dena den, azken honek ez du bermatzen, bederen, gainontzeko lan gehienetan jarduten duten langileek beraien esku du-ten langabezia prestazioaren babesa. Are gehiago, kontratazio arauketari erreparatuz gero, kontratuaren azkentzeari begira, hain zuzen, 1620/2011 EDk beren-beregi arautzen du atzera egite klausula familia-etxeko enple-gatzaile titularraren onuratan, hurrengo hau jasoz 11.3.artikuluan: «kon-tratua indarrean dagoen bitartean azkendu ahal izango da enplegatzaileak atzera egiten badu. Hori idatziz jakinarazi beharko zaio etxeko langileari, eta bertan argi adierazi beharko da enplegatzaileak arrazoi horrengatik lan harremana amaitutzat eman nahi duela». Hori dela eta, langabezia prestazioaren babes ezak eta atzera egite klausula horrek, eragin kaltegarriak ditu langile hauentzat, azken honi dagokionez, lana galdu dezake-telako arrazoitutako justifikaziorik gabe.

Honekin batera, 2020.urteko COVID-19 pandemiaren ondoriozko ezohiko krisi egoera dela eta, pasadan martxoaren 31an 11/2020 ELD¹²⁶ sartu zen indarrean. Bertan, premiazko neurriak hartu ziren arlo sozial eta ekonomikoan eta, horien artean, egon badira baita ere etxeko langi-leen arloan eragina dutenak. Besteak beste, 30.artikulutik 33.artikulura arte, jarduera ezagatik aparteko sorospenenaren onuradun izan daitezkeenei buruz hitz egiten da, baita dirulaguntza horien banaketa kasuan kasu nola gauzatuko den ere. Konkretuki, GSAOren baitan dauden etxeko lan-gileei begira aplikagarri izango den neurriak dira. Gizarte Segurantzian alta ematea baldintzatzat ezarriz, %70eko sorospena jasotzeko eskubidea

¹²⁶ 2020ko apirilaren 1eko EAO, 91. zk.

izango dute, jarduera erabat galduz gero. Langileak lanaldia murrizten badu, ordea, murrizketa horri dagokion zati proportzionala jasoko du.

Hortaz, gaur egun indarrean dagoen EDri, eta guztiz ezustekoa izan den egoera honen aurrean, langile hauen babes eta onurarako hartutako erabakiei erreparatuz gero, ondorio baikorrak atera daitezke. Izan ere, ezohiko momentu bat heldu beharra egon dela dirudien arren, langile hauentzat legezko aukerak eta, oro har, babes maila hobea bermatzeko, alegia; hauek gorabehera, garapenaren bidea ere ikusgai legoke. Hau da, ekimen hauekin, hein batean, bereizkeriazko tratua jaso duen etxeko langileen jarduera, gainontzeko langile arrunten egoera eta aukeretara hurbiltzen da, mendeetan zehar eta arauketa desberdinekin bilatu den berdintasun maila lortuz.

IV. ONDORIOAK

Behin lan harreman berezi honen baitan dauden langileen zenbait legezko aspektu aztertu ostean, iraganean bizitako egoera erabat prekario eta bidegabetatik igarota, gaur egunera arte, agerian geratu da ezerezetik birsortutako lan sektore baten aurrean gaudela, zeinek, denbora tarte luzean, bilakaera garrantzitsu bat jasan duen. Izan ere, beraien egitekoa erregulatzen zuen legeria edo arauen falta alde batera uztea lortu ostean, eta, beraz, lehenaldiko kondena hura bete eta hartatik atera ondoren, gaur egun etxeko langileek badute beraien lana erregulatzen duen araubide berezi bat, lanean zehar aipatutako azaroaren 14ko 1620/2011 ED, alegia. Hortaz gain, lan harreman horretatik eratorritako bestelako behar eta eskubideek exijitzen duten aintzatespen eta babes ahalbidetzeko, badira baita ere beste zenbait araubide konkretu, hala nola, Gizarte Segurantzaren nondik norakoak jasotzen dituen abenduaren 28ko 29/2012 ELD edo abuztuaren 1eko 27/2001 Legea, besteak beste.

Hau guztia kontuan izanda, hona hemen azterketa juridiko honetatik ateratako ondorioak:

LEHENENGOA.- Oro har, gaur egungo erregulazioa, oraindik ere, urria eta gabeziaduna da zenbait aspektutan. Izan ere, eta ikusi izan denez, sektore honek ezaugarri eta inguruabar bereziak ditu, eta berezitasun horrek berorrek, praktikan, oraindik ere lan baldintza prekarioak eta nolabaiteko mendekotasuna eta esplotazioa ekarri ditu, lanaren duintasuna bera maila baxu batean utziz.

BIGARRENA.- Legegileak ez du lortu sektore honetan lan harremana formalizatzeko betidaniko erresistentzia eta oztopoak guztiz haustea, ezkutuko edo aitortu gabeko enplegua oraindik ere nagusitzen baita etxeko lanaren esparruan. Arestian aipatutako Biztanleria Aktiboaren Inkestaren datuek eta, azterketa zehatzago bat eginda, Etxeko Langileen Elkartearen datuek aurkezten dute oraingo egoera hau eta, horrekin guztiorrekin, lan esparru honek gaur egun arte pairatutako ezegonkortasuna agerian geratzen da, bederen, etxeko hierarkiari dagokionez; hots, non dagoen langile hau kokatuta eta, ondorenez, zein den bere eginkizuna eremu horretan. Bada, gorago esan bezala, oraindik ere bere horretan diraute enplegatzaileen abusuzko jokabideak beraien langileekiko, lanaldiari eta atsedendialdiei buruzko arauen urraketan islatzen direnak, alegia; eta ez dago inolako neurririk kasuan kasuko enplegatzaileak jokabide desegoki horien ondorioen erantzule izan daitezen. Errealitate honek ere zeresana du etxeko langileen lan esparruan hobetu eta kontrolatu beharreko lan baldintzei begira. Izan ere, baldintza hauek, bereziki kontuan hartu eta burutzeko aldaketak dira, orain zein etorkizunean indarrean sartuko diren erregulazioetan. Aipatutakoaz gain, orokorrean, langile hauen oinarritzko eskubideek egun aurkeztutako gabeziez hitz egin daiteke baita ere, hala nola, langabeziarako eskubide ezaz, kontuan hartuta ez zaiela langabeziagatiko kotizatzeko aukera ahalbidetzen.

HIRUGARRENA.- Etxeko langilea gainontzeko langile arruntekin parekatzeko prozesuan, aurrera egin jarraitzeko urratsak eman ditu espainiar legegileak, burututako legezko erreforma eta aldaketekin ikusi daitezkeenak, alegia; eta lorpen hori kontuan hartzekoa da. Ildo beretik, egiaztatu ahal izan da etxeko zerbitzuko langileen lanak lan harreman berezi bat osatzen duela, eta, horregatik, erregulazio berezi batez baliatu beharra duela. Hori bai, langile hauek besteren konturako langileek haien baitan dituzten gutxieneko eskubide eta betebeharrak izan behar dituzte, hots, zentzu horretan, ezin daitezke bereizkeriaz tratatu edo gutxietsi.

LAUGARRENA.- Etorkizunera begira berdintasunezko egoera hori lortzeko asmotan, ezinbestekoa litzateke langile hauentzat aintzatespen juridiko handiagoa zehaztu eta bermatzea, eta baita soziala ere. Azken honi dagokionez, garrantzi handikoa litzateke, lan sektore honetan nagusitzen den emakumezkoen generoarekiko bereizkeriazko tratua ezabatu eta, orokorrean, lan esparru honetan errotutako prekariedade eta, kasu askotan, duintasun falta gainditzeko. Bestalde, egungo biztanleriaren adinari erreparatuz gero, ukazina da gizarte zaharkitu batean bizi garela. Joera horrek adierazten digu, etorkizunean, etxe ugaritan, mota honetako zerbitzuak behar izango direla, adineko pertsonak izan ditzaketan mende-kotasunak eraginda. Hori dela eta, etxeko langileen lana ezinbestekoa bihurtuko dela iragarri daiteke, gizartearen beharrianak asetze aldera.

BOSGARRENA.- Sektore honetan aitortu gabeko lanaren edo ezkutuko ekonomia delakoaren garrantzia aski ezaguna da, eta, horregatik, errealitate horren aurkako borroka, pizgarrien bidez antolatu beharra dago. Pizgarri horien artean, kudeaketa izapideak sinplifikatzeaz hitz egin ahalko litzateke, besteak beste. Izan ere, eta bereziki Gizarte Segurantzaren arloan bete beharreko prozedurei dagokienez, hauek burutze aldera (alta eta baja eman beharra, kotizatze orduan zenbat den aitortu beharrekoa, babesaren norainokoa, nor den kasuan kasu honen guztionen berri eman behar duen edo betebeharrean dagoen alderdia, zein ondorio dakartzan guzti honen

ez betetzeak...), nahasmena sorrarazteko joera duten egoerak bihurtu daitezke. Beraz, kasu bakoitzean dagokionari egotzi behar zaizkio burokrazia eta izapidetze erantzukizunak, eta erantzukizun horiek ulertzen eta sinplifikatzen lagundu beharra dago. Izan ere, ez familia-etxeko enplegatzaile titullarrak, ezta etxeko langileak ere, ez dute zertan prozedura zehatz bakoitza egiteko berariazko ezagutza teknikorik izan beharrik. Hori dela eta, teknologia berrien erabilpenaz baliatuz, aukera eman behar zaie bai alderdi bati zein besteari, behar besteko azalpenak jaso eta, ondorenez, prozedura eta egiteko guztiak era erraz batean burutzeko baliabideak izateko. Horrela, posiblea izango da aipatutako maula edo iruzurreko jokabideak ekiditea eta lan harreman hau legezketasunaren baitan eraikitzea.

V. BIBLIOGRAFIA ETA ITURRIAK

Arautegia

- 1978ko abenduaren 29ko EAO, 311. zk. Espainiar Konstituzioa.
- 1968ko abenduaren 4ko EAO, 291. zk. Lanaren Nazioarteko Erakundearen 100. hitzarmena, balio bereko lanagatik gizonetzkoen eta emakumezkoen eskularen arteko ordainsari-berdintasunari buruzkoa.
- 2000ko azaroaren 30eko Europako Parlamentuaren txostena, partikularrentza ko etxeko laguntzaren arauketaren ingurukoa [2000/20021 (INI)].
- Lanaren Nazioarteko Erakundea: *Etxeko langileen Hitzarmena* (2011) 189. zk. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189 Azken berrikuspena: 2020ko martxoaren 7an.
- «Ley de Bases creando el Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares» (1940), 512. zk.
- 1944ko uztailaren 21eko EAO, 203. zk. 1944ko uztailaren 19ko Legea, etxeko zerbitzuko langileei gainerako langileek dituzten sorospen eta gizarte-aseguruen onurak zabaltzen dizkiena.

- 1976ko apirilaren 21eko EAO, 96. zk. Apirilaren 8ko Lan Harremanen 6/1976 Legea.
- 1995eko azaroaren 10eko EAO, 269. zk. Azaroaren 8ko 31/1995 Legea, Laneko Arriskuen Prebentzioari buruzkoa.
- 1997ko azaroaren 15eko EAO, 274. zk. Azaroaren 14ko 42/1997 Legea, Laneko eta Gizarte Segurantzako Ikuskatzailetza antolatzen duena.
- 2006ko abenduaren 15eko EAO, 299. zk. Abenduaren 14ko 39/2006 Legea, Autonomia Pertsonala sustatzeari eta Mendetasun Egoeran dauden pertsonak Zaintzeari buruzkoa.
- 2011ko abuztuaren 2ko EAO, 184. zk. Abuztuaren 1eko 27/2011 Legea, Gizarte Segurantzaren sistema eguneratzeari, egokitzeari eta modernizatzeari buruzkoa.
- 2015eko uztailaren 24ko EAO, 176. zk. Ekainaren 25eko 5/2015 Legea, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa.
- 2018ko uztailaren 4ko EAO, 161. zk. Uztailaren 3ko 6/2018 Legea, 2018rako Estatuko Aurrekontu Orokorrena.
- 2012ko abenduaren 31ko EAO, 314. zk. Abenduaren 28ko 29/2012 Errege Lege Dekretua, Etxeko Langileentzako Sistema Berezian kudeaketa eta babes soziala hobetzeari buruzkoa eta izaera ekonomiko eta sozialeko beste neurri batzuk hartzekoa.
- 2020ko apirilaren 1eko EAO, 91. zk. Martxoaren 31ko 11/2020 Errege Lege Dekretua, COVID-19ri aurre egiteko arlo sozial eta ekonomikoan premiazko neurri osagarriak onartzen dituena.
- 2015eko urriaren 24ko EAO, 255. zk. Urriaren 23ko 2/2015 Legegintzazko Errege Dekretua, Langileen Estatutuaren Legearen testuategina onartzen duena.
- 2015eko urriaren 31ko EAO, 261. zk. Urriaren 30eko 8/2015 Legegintzazko Errege Dekretua, Gizarte Segurantzaren Lege Orokorrenaren testuategina onartzen duena.

- 1889ko uztailaren 25eko Madrilgo Gazeta, 206. zk. 1889ko uztailaren 24ko Errege Dekretua, Kode Zibila argitaratzen duena.
- 1985eko abuztuaren 13ko EAO, 193. zk. Abuztuaren 1eko 1424/1985 Errege Dekretua, familia-etxeko zerbitzuaren lan harreman berezia arautzen duena.
- 1996ko urtarrilaren 25eko EAO, 22. zk. Abenduaren 22ko 2064/1995 Errege Dekretua, Gizarte Segurantzaren beste eskubide batzuen kotizazioari eta likidazioari buruzko Erregelamendu Orokorra onartzen duena.
- 1996ko otsailaren 27ko EAO, 50. zk. Urtarrilaren 26ko 84/1996 Errege Dekretua, Gizarte Segurantzaren enpresak inskribatzeari eta langileen afiliazio, alta, baja eta datu aldaketei buruzko Erregelamendu Orokorra onartzen duena.
- 2011ko azaroaren 17ko EAO, 277. zk. Azaroaren 14ko 1620/2011 Errege Dekretua, familia-etxeko zerbitzuaren lan harreman berezia arautzen duena.
- 2011ko abenduaren 2ko EAO, 290. zk. Azaroaren 4ko 1596/2011 Errege Dekretua, Gizarte Segurantzaren Lege Orokorren 53.xedapen gehigarria - ekainaren 20ko 1/1994 Legegintzako Errege Dekretuak onartutako testu battegina - garatzen duena, gertakari profesionalen ondoriozko babes ekintza etxeko langileen Gizarte Segurantzako Araubide Berezia sartutako langileei hedatzeari dagokionez.
- 1959ko martxoaren 24ko EAO, 71. zk. 385/1959 Dekretua, martxoaren 17koa, Etxeko Zerbitzuaren Montepio Nazionala sortzen duena.
- 1969ko urriaren 15eko EAO, 247. zk. Irailaren 25eko 2346/1969 Dekretua, Etxeko Zerbitzuaren Gizarte Segurantzako Araubide Berezia arautzen duena.
- *Boletín de Información del Instituto Nacional de Previsión* (1945) 11. zk. Madril.

Doktrina

- ARRIETA IDIAKEZ, FJ.; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. «Euskal Herriko Gizarte-Ekintza. Iraganeko oinarrietatik etorkizuneko ahalbideetara». *Zuzenbidearen Euskal Akademia, JADO Aldizkaria*. Bilbo. 23. zk. (2012).

- ARRIETA IDIAKEZ, F. J. «Lan-Zuzenbidea eta Gizarte Segurantzaren irakasgaia. 1. gaia: Lan-zuzenbidearen nondik norakoak» (2018). Ondoko lanean: ARRIETA IDIAKEZ, F. J. «Lan-zuzenbidea». *Gomylex, Ediciones Jurídicas*. BI-1273/2016 zk. Bilbo (2017).
- BARCELÓN COBEDO, S. «El proceso de integración y homogeneización de los regímenes especiales. Análisis de los cambios introducidos por la Ley 27/2011, de 2 de agosto» (2011). Ondoko lanean: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. eta MERCADER UGUINA, J. R. «La reforma de la Seguridad Social 2011». *Lex Nova*. Madril (2011).
- BERNAL MARTÍN, S. «Servicio doméstico y Seguridad Social». *Cuadernos de Política Social*, 10. zk. (1951).
- BLASCO RASERO, C. «El sistema especial de empleados de hogar y el proceso de homogeneización». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 4. zk. (2013).
- CARDENAL CARRO, M. (2000) «A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 10. zk.
- DEL CAMPO GUTIÉRREZ, A. «Mozas y mozos sirvientes en la Zaragoza de la segunda mitad del siglo XIV». *Aragón en la Edad Media*. 19. zk. (2006).
- ESPUNY TOMÁS, M. J.; GARCÍA GONZÁLEZ, G. «Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas». *Dykinson* (2014).
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J., «La integración de los empleados domésticos en el RGSS». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 6. zk. (2013).
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. «Aspectos prácticos de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de 2012». *Diario La Ley*, 7745. zk. (2011).
- GALA VALLEJO, C. «Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados del hogar». *Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*. Madril (1991).
- GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A. «Aportación al estudio de los fueros». *Anuario de historia del derecho español*. 26. zk. (1956).

Etxeko langileen araubide berezia: iraganeko menpekotasun egoera, oraingo eronka eta etorkizuneko oparotasuna

- GARCÍA NINET, J. I. «Acerca de las/os empleadas/os del hogar». *Tribuna Social*, 207. zk. (2008).
- GONZÁLEZ-ROTHVOSS, M. «El servicio doméstico ante la legislación social española». *Revista de política social*, 3. zk. (1928).
- GUERRERO PADRÓN, T. «Inmigración femenina y servicio doméstico: resurgimiento de un régimen especial de Seguridad Social decadente». *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, 7. zk. (2006).
- LLAMOSAS TRAPAGA, A. «Las zonas grises en el Derecho Laboral. La prestación del servicio de transporte». *Revista de derechos fundamentales*, 3. zk. (2009).
- MIÑAMBRES PUIG, C. «El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar». *Revista española de Derecho del Trabajo*, 157/2013 zk. (2013).
- OTXOA CRESPO, I. (2012) «La seguridad social del empleo doméstico: evolución y perspectivas». *Tesis doctoral. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua*. Leioa.
- PANIZO ROBLES, J. A. «La seguridad social de las personas que presentan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un sistema especial en la estructura del sistema de la Seguridad Social». *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 346. zk. (2011).
- QUESADA SEGURA, R. «Aspectos laborales de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar». *Revista de Seguridad Social y Laboral. Tribuna Social*. 207. zk. (2008).
- RAMÍREZ-MACHADO, J. M. «Domestic work, conditions of work and employment: A legal perspective». *ILO working papers: conditions of work and employment series*, 7. zk. (2003).
- «Relaciones laborales especiales: Relación laboral especial del servicio del hogar familiar». *Aranzadi digital*. 27. zk. (2003).
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A. «La integración de los empleados de hogar en el Régimen General de la Seguridad Social: una valoración crítica». *Revista Digital Facultad de Derecho*, 6. zk. (2013).

- RUANO ALBERTOS, S. «Integración del régimen especial de la seguridad social de los empleados de hogar en el régimen general de la seguridad social» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 29-30. zk. (2012).
- SÁNCHEZ GIMÉNEZ, R., JIMÉNEZ ROMERA, G. «Las empleadas del hogar. Régimen jurídico y de seguridad social». *Investigación y Género. Reflexiones desde la investigación para avanzar en igualdad: VII Congreso Universitario Internacional Investigación y Género*. Sevilla (2018).
- SANZ SÁEZ, C. «Régimen prestacional de las empleadas del hogar. Análisis crítico y perspectivas de cambio». *Tesis Doctoral. Universidad de Castilla la Mancha* (2015).
- URRUTIA BADIOLA, A. M. «Ondareari buruzko zuzenbide berezia». *Zuzenbidearen Euskal Akademia*. Bilbo, 2. argitaraldia (2019).
- VELA DÍAZ, R. «De la ley 27/2011 al RD-Ley 29/2012 de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleado de Hogar: la nueva frontera entre las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar». *Temas laborales*. 121. zk. (2013).
- VILLAR CAÑADA, I. M. «Seguridad social e igualdad por razón de género tras la Ley 27/2011 de reforma de las pensiones: el Sistema Especial de Empleadas/os de Hogar». *Relaciones Laborales, Wolters Kluwer*, 18. zk. (2011).

Jurisprudentzia

- 2010eko uztailaren 20ko AGE (4º), 3344/2009 erre. zk.
- 2000ko maiatzaren 11ko Santanderreko ANE (4º) 1473/1998 erre. zk.
- 2000ko maiatzaren 22ko Valladolideko ANE (4º), 564/2000 erre. zk.
- 2003ko martxoaren 25eko Madrilgo ANE (4º), 5439/2002 erre. zk.
- 2004ko azaroaren 17ko Bartzelonako ANE (4º), 6906/2004 erre. zk.
- 2012ko martxoaren 30eko Oviedoko ANE (4º), 457/2012 erre. zk.
- 2014ko apirilaren 10eko Bartzelonako ANE (4º), 914/2014 erre. zk.

- 2015eko irailaren 22ko EAEko ANE (4º) 1467/2015 erre. zk.
- 2019ko urriaren 22ko EAEko ANE (4º), 1613/2019 erre. zk.
- 2019ko azaroaren 12ko EAEko ANE (4º), 1948/2019 erre. zk.

Webgrafia

- *Estatistikako Institutu Nazionala* (2019ko laugarren hiruhilekoa). Okupatuak, sexuaren eta jarduera adarraren arabera. Balio absolutuak eta ehunekoak sexu bakoitzaren gutzizkoarekiko. <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4128> (Azken berrikuspina: 2020ko apirilaren 19an).
- *Etxeko Langileen Elkarte*a, 2019. urteko estatistikak. <http://ath-ele.com/es/> eta <https://drive.google.com/file/d/186LnL6s9Hh7VtbXiUNtlpLYpHmPvtPWq/view> webguneetan ikusgai. (Azken berrikuspina: 2020ko ekainaren 20an).
- *Guías jurídicas, Wolters Kluwer: actos de encuadramiento*. https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDEzMTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZa-pUt-ckhlQaptWmJOCSoAyKHPHzUAAAA=WKE Azken berrikuspina: 2020ko apirilaren 7an.
- «Renovación del Pacto de Toledo». http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/salamultimedia/documento_enlaces/pacto_de_toledo.pdf (Azken berrikuspina: 2020ko apirilaren 16an).

5/2015 Euskal Zuzenbide Zibilar buruzko legearen eragingarritasun soziala*

LEIRE GOROSTIZA ETXEBERRIA

Deustuko Unibertsitateko Zuzenbideko graduduna
Graduada en Derecho por la Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 17/11/2020

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 18/07/2022

Laburpena: Euskal Zuzenbide Zibilar buruzko ekainaren 25eko 5/2015 Lege berriak aldaketak ekarri ditu. Azpimarragarria da baseritik kale-girora egon den aldaketa. Legeak baserri giroko printzipio eratzailen batzuk (jabetzaren funtzio soziala) mantendu arren, legegilearen ikuskera modernoago bat ageri da testuan. Aurrekoaz gain, askatasun zibila foru legearen oinarriko printzipioa dela adieraz daitezke. Lege berriak bere baitan du zuzenbide tradizional eta ohiturazkoaren ondarea bizirik mantentzea eta aprobetxatzea, begiak egungo munduan eta egungo Euskal Herrian jarrita. Aldi berean eutsi egiten dio jabetza-eskubideak gure lege zaharretan eduki duen izaera solidarioari eta askatasun zibilaren berrespen kategorikoari.

Gako-hitzak: Euskal Zuzenbide Zibila; jabetzaren funtzio soziala; askatasun zibila.

*“Legelari gazteentzako Adrián Celaya saria”ren V. Edizioan saritutako lana, Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiak 2020an emana.

La efectividad social de la ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco

Resumen: La nueva Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco, de 25 de junio, ha aca-
rrado varias modificaciones entre las que cabe destacar la transición del mundo
rural al mundo urbano. Si bien la Ley conserva algunos principios constitutivos del
mundo rural (función social de la propiedad), el texto denota una concepción más
moderna de la sociedad a la que se dirige, como lo refleja el principio básico de la
libertad civil, propio de las leyes forales. Por consiguiente, la nueva Ley integra en
su seno el patrimonio vivo del Derecho consuetudinario y tradicional con una mi-
rada puesta en la realidad actual y en la Euskadi de hoy día. Asimismo, se conserva
el carácter solidario que el derecho de propiedad siempre tuvo en las leyes viejas y
se refuerza el principio de libertad civil.

Palabras clave: Derecho Civil Vasco: función social de la propiedad; libertad civil.

The social effectiveness of Basque Civil Law 5/2015

Abstract: The new Law 5/2015 on Basque Civil Law, of June 25, has brought
about several modifications, among which the transition from the rural world to
the urban world should be highlighted. Although the Law preserves some consti-
tutive principles of the rural world (social function of property), the text denotes
a more modern conception of the society to which it is addressed, as reflected in
the basic principle of civil liberty, typical of the laws forals. Consequently, the new
Law integrates within it the living heritage of customary and traditional Law with
a focus on the current reality and on the Euskadi of today. Likewise, the solidarity
character that property law always had in mind is preserved. the old laws and the
principle of civil liberty is reinforced.

Key words: Basque Civil Law: social function of property; civil liberty.

AURKIBIDEA: I. SARRERA; II. ARAUEN ERAGINGARRITASUN SOZIALA: 1. Euskal legegilea; 2. Betepena eta aplikazioa; 3. Zuzenbide Pribatuaren eta Zuzenbide Publikoaren arauak; 4. Soziologia Juridikoa eta Legegintza-zientzia; III. EUSKAL GIZARTEAN DAUDEN PREMIAK ETA BEHARRAK: 1. Euskal Zuzenbide Zibilaren funtsezko ezaugarria: ohitura; 2. Euskal Zuzenbide Zibilaren bilakaera; IV. TIPOLOGIA ETA EUSKAL LEGEAREN ERANTZUNA: PRA-XIS: 1. Askatasun zibilaren kontzeptua; 2. Euskal auzotasun zibila; 3. Tronkalitatea, Aiarako Forua eta Gipuzkoako baserria; 4. Ezkontideen eta izatezko bikoteko kideen arteko eskubideak parekatzea; 5. Oinordetza zuzenbidea; 6. Ondasunen araubidea ezkontzan edo izatezko bikotean; 7. Zerga-araudiaren egokitzea; 8. Praxis soziala eta profesionala: Estatistikak; V. GOGOETA ETA ONDORIOAK; VI. BIBLIOGRAFIA ETA ITURRIAK

LABURDURAK

AVD-ZEA	Zuzenbidearen Euskal Akademia
EAE	Euskal Autonomia Erkidegoa
LDCV-ZZEL	Zuzenbide Zibilari buruzko Euskal Legea
LDCFPV-EHFZZL	Euskal Herriko Foru-Zuzenbide Zibilari buruzko Legea
OJ	Oinarri Juridikoa
RSBAP-EAE	Euskalerrriaren Adiskideen Elkarte
art.	artikulu
errek. zk.	errekurtso zenbakia
koord.	koordinatzailea
or.	orrialdea
orr.	orrialdeak
zk.	zenbakia

I. SARRERA

Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko ekainaren 25eko 5/2015 Legea (hemendik aurrera LDCV-ZZEL) uztailaren 3an Euskal Herriko Aldizkari Ofizialean argitaratu eta urriaren 3an indarrean sartu zen. Urteetako lanaren ondorioz, Eusko Legebiltzarrak — Zuzenbidearen Euskal Akademiak (hemendik aurrera AVD-ZEA) eta RSBAP-EAEk¹ beste eragile juridikoen parte-hartze eta laguntzaz prestatu zuen lege proposamenean oinarrituta —, Euskal Zuzenbide Zibilaren legea onetsi zuen, aurkako botorik gabe.

Lege berri honen aurrekaria, uztailaren 1eko 3/1992 Legea izan zen, hain zuzen ere, Euskal Herriko Foru-Zuzenbide Zibilari buruzkoa (hemendik aurrera LDCFPV-EHFZZL). Azken honek, Euskal Autonomia Erkidegoko (hemendik aurrera EAE) Lurralde Historiko bakoitzerako arauketa zeukan eta hiru liburutan banatzen zen.

Lege berriak, EAEko lurraldeentzat erkide den zuzenbide zibilaren eratzearen bidean, berritze bat suposatu du: lehen aldiz, euskal lege-gileek idatzi zuten eta euskal organo legegile batek onartua izan zen. Edukia azaletik aztertuta, hiru titulutan banatuta dago: I. Titulua ondareari buruzko zuzenbidearen printzipioei buruz ari da, II. Tituluak, oinordetza bera aztertzen du eta III. Tituluak, ezkontzako ondasunen araubidea du hizpide.

EAEko Auzitegi Nagusiaren lehendakariak, Juan Luis Ibarra Roblesek adierazi bezala, Legea indarrean sartu zenetik, euskal herritartasuna, Gernikako Estatutuaren 7. artikulua² eratzen duena, aberastu egin da ondare juridiko gisa, euskal auzotasun zibil komunaren estatusarekin. Berritasun

¹ Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País-Euskal Herriaren Adiskideen Elkarte, 1764.

² 1979ko abenduaren 19ko Euskal Herriko Autonomia Estatuturen 7. art.: «1.- Estatuto honetaz balia ahal izateko, ondoko hauek izango dute euskaldunen kondizio poli-

honek, EAeko lurralde barruko udalerrietako edozeinetan auzotasun zibila duten guztiei eragiten die.

Azpimarragarria da baserritik kale-girora egon den aldaketa. Legeak baserri giroko printzipio eratzaille batzuk (jabetzaren funtzio soziala) mantendu arren, legegilearen ikuskera modernoago bat ageri da testuan. Hala ere, baserriaren definizio³ eta edukia ezartzen ditu eta familia-jabetza eta familia-ustiategi izaera azpimarratu egiten du. Horrez gain, arauketa bereziaren bidez, landa-errentamenduen (baserria eta lursailak) harreman juridikoek euskal tradizioan izan dituzten ezaugarri bereziak gorde eta garatzeko deialdia luzatzen die botere publikoei. Baserriaren garrantzi ekonomiko, familiar eta sozialari buruz eta honek euskal erakunde zibilarren sorreran, kontserbazioan eta garapenean duen eragin zuzenari buruz, GOIKOETXEA OLEAGA⁴ irakasleak argi esan du, legegileak, oso urrats handia egin duela LDCV-ZZEL onartzean. Aldi berean, azpimarratu du, benetako Euskal Zuzenbide Zibila eta, bereziki, Euskal Ondare Zuzenbidea bere osotasunean garatzeko bultzada eman behar dela.

Gainera, Legeak, kofradia, ermandade eta mutualitateen arauketa⁵ ahalbidetzen du. Azken honetan isladatzen da euskaldunok elkarrekin jarduteko izan dugun joera, hots, gizarte zibil baten islada.

tikoa: Estatuko lege orokorren arauera, Komunitate Autonomoaren lurraldeko edozein udaletan egoitza administratiboa duten guztiek. 2.- Atzerrian bizi direnek eta gauza bera berorien ondokoek hala eskatzen baldin badute, Euskal Herrian bizi diren egoiliarrek dituzten eskubide berberak izango dituzte, baldin eta horien azken egoitza administratiboa Euskal Herrian izan bada, eta españatar naziotasunari eutsi badiote».

³ 5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa 12. eta 97. art.

⁴ GOIKOETXEA OLEAGA, L. «La función social de la propiedad y los principios patrimoniales del Derecho Civil Vasco», in URRUTIA BADIOLA, A. M. (koord.) *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Eusko Legebiltzarra, RSBAP-EAE, Vitoria-Gasteiz, 2016, 239-271. orr.

⁵ 5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa 16. art.

Lege berria, askatasun osoz idatzita dago eta askatasun zibila oinarritzat duen legea da. 1526ko Bizkaiko Foru Berriak «las leyes del Fuero son más de albedrío que de sutileza y rigor de derecho...» zioen, eta LD-CV-ZZELren 4. artikulua arabera, arauak esku-emaileak izango dira. Modu honetan, inposizio edo ezarpenaren orde, eskubidea eta aukera gailendu egingo da.

«El orden jurídico foral es un auténtico orden de libertad, fuera de las imposiciones de cualquier escuela»⁶ CELAYA IBARRA magistratu eta foruzaleen maisuak, askatasun zibila foru legearen oinarritzko printzipioa dela adierazi zuen, hain zuzen ere, egilesleen borondatea legearen gaitetik jartzen duena. Jakina, ordena publikoaren, ondasun erkidearen edo zuzenbide naturalaren aurkako erabakiak direnean izan ezik.

Aspalditik, EAEko eragile juridikoak bat zetozen euskal zuzenbide zibilaren egoera osasungaitz eta kezkarriaren diagnostikoaren aurrean premiazkoa zela Euskal Zuzenbidea eraberritzea eta eguneratzea.

Honen harira, Eusko Legebiltzarraren lehendakaria den TEJERIA OTERMIN Andreak adierazi bezala, eskuartean dugun Legeak «hedatu eta eguneratu du gure historiak utzi digun ondarea. Biziberritu egiten da zuzenbide zibil forala, aldatu eta etorkizunera egokitu. LDCV-ZZELk bere baitan du zuzenbide tradizional eta ohiturazkoaren ondarea bizirik mantentzea eta aprobetxatzea, begiak egungo munduan eta egungo Euskal Herrian jarrita. Aldi berean eutsi egiten dio jabetza-eskubideak gure lege zaharretan eduki duen izaera solidarioari eta askatasun zibilaren berrespen kategorikoari»⁷. TEJERIAK ere Legearen praktikotasunak berekin dakarren bi mugarri historiko aipatu ditu. Batetik, Euskal zuzenbide zibilaren eremu tradizionala

⁶ CELAYA IBARRA, A. «En torno al Fuero y al Derecho Foral», *Selección de Estudios Jurídicos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, 355.or.

⁷ TEJERIA OTERMIN, B. *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. 2015eko azaroaren 2 eta 3an egindako jardunaldiak, Bilbo, 27. eta 28. orr.

EAEko populazio osora hedatzea. Eta bestetik, orain arte erabili izan ohi ditugun tresna batzuk araudian bertan sartzea lortu da.

II. ARAUEN ERAGINGARRITASUN SOZIALA

Oro har, arau juridikoen eragingarritasun soziala balioesteko erabiliko ditugun irizpideak, oso desberdinak izango dira zuzenbide publikoko edo zuzenbide pribatuko arauak aztertu behar direnean. Zuzenbidearen Teoria Orokorraren ikuspegitik, Soziologia Juridikoak eta Legegintzazientziak, irizpide horiek zehazteko eta onartutako arauak bete diren edo ez aztertzeke eta epaile batek aplikatu dituen aztertzeke balioko digute, horien benetako eraginkortasuna defendatzeko funtsezko egitate gisa. Legegilea legeak onartzean, betepenaren eta aplikazioaren bitartez, sozialki baliotsuak diren egoera jakin batzuk lortzen saiatzen da. Eusko Legebiltzarrak zeregin horretan dihardu, legegintza-erantzukizuna eta konstituzio- eta estatutu-eskumena baliatuz, eta EAEren lurralde osoari begira, arauen eraginkortasun soziala erdiesten saiatzen da.

1. Euskal legegilea

Urteetan zehar, euskal legegileak, iadanik existitzen zen euskal legegintza zibilararen inguruko erredakzio, analisi eta azterketa bat burutu zuen. Eta lan horren bitartez, ahobatez eta talde parlamentarien aurkako jarrerarik gabe, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko 5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, onartu zen.

Jardun horren bitartez, Eusko Legebiltzarrak, tradiziozko instituzio zibilen kontserbazio, aldaketa eta garapena bultzatu zuen. Betiere, 1978ko Espainiako Konstituzioak⁸ eta 1979ko Euskal Herriko Autonomia Esta-

⁸ 1978ko Espainiako Konstituzioaren 149.1.8. art.: «Zibil legegintza edo bestelako zuzenbide bereziak diren tokietan, Erkidego Autonomoek hauek gordetzeko, aldatzeko edo aitzinatzeko duten eskubidea salbu. Beti arau juridikoen aplikapen eta eraginkortasunari

tutuak⁹ babesten duen eta instituzioei esleitzen dien eskumen legegilea kontuan harturik.

Zentzu horretan, aipatzekoa da EAEko Justizia Auzitegi Nagusiaren 8/2018 epaiak bigarren Oinarri Juridikoan (hemendik aurrera OJ) zehaztutakoa: «(...) pocas dudas podía haber sobre la competencia de la Comunidad Autónoma para actualizarlas (...) hubiera sido imposible legislar adecuadamente sobre la troncalidad sin atender a poner al día los precedentes (...) Ciertamente, que si la Ley Foral hubiera optado por una subversión total de los precedentes legislativos citados podría ser discutida su oportunidad, pero cuando simplemente se hace una acomodación o actualización de la misma norma no puede haber duda de que quien puede y debe hacerlo no es otro que el Parlamento Vasco»¹⁰.

Ordura arte, 1992ko uztailaren 1eko Euskal Herriko Foru-Zuzenbide Zibilari buruzko 3/1992 Legea egon zen indarrean. Lege horren zioen azalpenak, une hartako beharizan juridiko eta sozialei erreferentzia egiteaz gain, momentu hartako legegintza-funtzioa azpimarratzen du:

«Horrela bada, euskal legelariak eraberritu eta gaurko mundura egokitu behar dute Foru-Zuzenbide zaharra, Bizkaian eta Araban idatzita iraun duena eta Gipuzkoan, dagoeneko badakigunez, ohituraz baino gorde ez dena. Kontuz egin beharreko lana da eta gaur eguneko euskal gizarte-arekiko begirunerik handienarekin burutu beharrekoa, gizarte hori ezin

dagozkion erregelak, ezkontzarekiko erei dagozkien harreman juridiko-zibilak, Erregistro eta Izkribu publikoen eraketa, Kontratuetakoko betebeharen oinarriak, lege arteko eztabaida konpontzeko arauak, zuzenbidearen iturburuak finkatzea, azken kasu hontan Foru erregimen edo Zuzenbide berezien arauak errespetatuz».

⁹ 1979ko Euskal Herriko Autonomia Estatutuaren 10.5. art.: «Euskal Herria osatzen duten Herrialde Historikoen Zuzenbide Zibil Foral eta berezi -idatzi nahiz ohizkoaren kontserbazio, aldatze eta bilakaera, bai eta beraren indarraren lurralde-barrutiaren finkapena ere».

¹⁰ EAEko Justizia Auzitegi Nagusiaren Epaiak, 8/2018 zk., abenduaren 12koa, 22/2018 erre. zk.

bait daiteke maiteen dituen erakundeok gabe utzi, ezta berez errotuta ez dituen erakundeok gabe utzi, ezta berez errotuta ez dituen erakundeak hartzera behartu ere, beste alor batzuetan beharrianak aldaketa sakonak egitea bideratzen badu ere, Zuzenbide zibilak ezin duelako aurrera egin herritarrak erakundeok onartu eta orokorrean eurenganatu gabe»¹¹.

Legegintza-jarduera horrek, argi uzten du bai Espainiako Konstituzioak eta baita Autonomia Estatutuak emandako eskumenen erabilera urria, eta honen arrazoiak bi izan daitezke. Alde batetik, unibertsitateak garatzen zuen prestakuntza- eta espezializazio-ahaleginak eta profesional juridikoen praktikak ez zuten lortu foru-erakunde zibil batzuk gehiago garatzeko irizpideak bateratzea; eta, bestetik, Espainiako doktrina juridikoak eta Konstituzio Auzitegiak Zuzenbide Zibilaren arloko eskumen autonomikoetan inposatuko zuen interpretazio murriztailearen susmoa. Hala eta guztiz ere, Foru Zuzenbide historikoa kontserbatzeko lehen urrats garrantzitsua izan zen. Izan ere, testu konstituzionala onartu ondoren, eraberritze bat behar zen eta honek, EAEko hiru lurralde historikoetako pertsonak eta familiek legea praktikan aplikatzea ahalbidetu zuen.

CELAYA IBARRAK zioenez, «Euskal Legegilearen zeregina ezin da izan testu zaharrak gaurko hizkuntzara itzultzea. Denborak dena aldatzen du, eta egungo munduak bere errealitatera egokitutako arau juridikoak eskatzen ditu»¹².

Esanahi horretan, LDCV-ZZELEN jasotako arauketa berriak, euskal erakunde zibil tradizionalak modernizatu eta gure garaira moldatu nahi ditu. Horretarako, gaur egungo beharrianak kontuan hartu, aplikazioa

¹¹ Uztailaren 1eko 3/1992 Legea, Euskal Herriko Foru-Zuzenbide Zibilari buruzkoa: Zioen azalpena.

¹² CELAYA IBARRA, A. «Hacia una Ley civil vasca, Jornada hacia la primera Ley civil vasca». *Academia Vasca de Derecho/ Zuzenbidearen Euskal Akademia*, 2007ko ekaina, ez ohiko 4. zk., 13-32. orr.

Euskal Herri osora zabaldu eta zuzenbide gizatiarragoa eta sozialki bizidunagoa bilatuko du, non interes partikularren gainetik, familia- eta gizarte-interesak eta pertsonaren duintasuna gailenduko diren.

Aipatu berri den hori, Euskal Lege Zibilaren printzipio inspiratzailetako bat da, eta 5. artikuluan¹³ jasota dago. Bertan, ezartzen da, jabetzaren euskal ikuskera, bere funtzio sozialagatik eta elkertasun-printzipioagatik modulatu dagoela. Eta nabarmentzen du, legeek Euskal Zuzenbide Zibilaren jabetza komunal, familiar eta sozial mota bereziak babestu egiten dituztela eta modu berean, hauek, aplikatu behar diren garaiko errealitate sozialera egokitzen dira.

CELAYA IBARRAK, Euskal Lege Zibil berriaren Proiektuaren aurkezpena, hurrengo adierazpenen bitartez amaitzen du: «Zuzenbidea, mundu hobeagoa egin ahal izateko nahi dugu (...) Espiritu komunitarioa eta kooperatiboa sustatuko duen eskubide ez hain indibidualista eta gizatiarrago bat bilatzen dugu (...) Proiektu hau onartuz gero, etorkizunean aplikazio garrantzitsuak izan ditzakeen eskumen-esparru bat irekiko litzateke»¹⁴.

Ildo horretatik, interesgarria iruditzen zaigu, eskumen legegile horrek eta lege berriaren onarpenak gizartearen interesei erantzun al dieten aztertzea. *Modu horretan, egiaztatu ahal delako, arauketa berria eta beraz, gizartearen beharrezanean zuzendua izan den erantzuna eragingarria izan ote den. Legegileak onartutako arauen eragingarritasun soziala aztertzeaz ari gara, gizartearen onarpenaz eta bere erabileraz. Hein handi batean, haren baliozkotasunaz eta praktikotasunaz.*

¹³ 5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa 5. art.: «1. Jabetzaren euskal kontzepzioa jabetzaren funtzio sozialak eta solidaritate-printzipioak modulatu dute. 2. Banakako jabetzaz gainera, legeek Euskal Zuzenbide Zibileko jabetza forma berezi desberdinak babestuko dituzte, hots, auzo-jabetza, familia-jabetza eta gizarte-jabetza, betiere aplikatu beharreko aldiko errealitate sozialera egokitu daitezzen».

¹⁴ CELAYA IBARRA, A. «Hacia una Ley civil vasca, Jornada hacia la primera Ley civil vasca». *Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia*, 2007ko ekaina, ez ohiko 4. zk., 13-32. orr.

2. Betepena eta aplikazioa

Esangura horretan, argi dago, euskal gizartean premia juridiko batzuk existitzen zirela eta horren aurrean, 5/2015 Legeak irtenbide edo konponbide batzuk luzatu ditu. Lege berriaren bidez, premia horiek behar bezala asetu diren ikusteko, eskuartean ditugun arauen eragingarritasun soziala aztertzea komeni da.

NAVARROK¹⁵ jorratzen duen eragingarritasun sozialaren kontzeptuak, arau juridikoen bitartez, gizartearentzat baliagarriak diren egoerak lortzeko gaitasunari egiten dio erreferentzia. Hain zuzen ere, azken hau da legegileak erdietsi nahi duena.

Ildo horretatik, DELGADO ECHEVERRIA irakasleak¹⁶ hizpide duen arauen eragingarritasun soziala zertan datzan ulertzeko, beharrezkoa da *betepen* eta *aplikazio* kontzeptuak aztertzea. Hein handi batean, bi kontzeptu hauek praktikan jartzerako orduan, sortuko baita ikasketa objektu dugun eragingarritasuna. Arau bat aplikatu eta betetzeak, gizartean arau horrek nolabaiteko eragina izan duela, hots, erabilia izan dela adierazten du.

Zuzenbidearen teoriaren arabera, arauaren betepenari esker, gizartearentzat baliagarriak diren emaitza eta ondorioak lortzen dira. Halaber, ez-betetze kasuetan, epaileek aplikaturiko arauak ere, emaitza balioki-deak emango dizkigute. Hala ere, kasu horretan, emaitzen baliokidetasuna erlatiboa da.

3. Zuzenbide Pribatuaren eta Zuzenbide Publikoaren arauak

Eskuartean dugun gaiari loturik, DELGADO ECHEVERRIAK, arau zibil desberdinek erdiesten duten eragingarritasun soziala aztertu du. Bere

¹⁵ NAVARRO, P.E. *La eficacia del derecho. Una investigación sobre la existencia y el funcionamiento de los sistemas jurídicos*, 1990, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 19.or.

¹⁶ DELGADO ECHEVERRIA, J. *Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles*, 2006. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29.zk., 195-218. orr.

aburuz, eragingarritasun sozial hori antzeman eta baliagarriak diren ondorioak lortzeko, beharrezkoa izango da, zuzenbidearen teoria orokorren, *soziologia juridikoaren* eta *legegintza-zientziaren* ikuspuntuak konbinatu edo erlazionatzen dituzten irizpideak erabiltzea.

Irizpide hauek, Zuzenbide Publikoaren (Zigor, Administrazio eta Lan-zuzenbidea) esparruan ematen diren arauen eragingarritasuna aztertzeko erabiltzen direnetatik ezberdinduko ditugu. Izan ere, aipatu berri den esparruan, *aginduzko arauak* nagusi dira eta kasu horretan, euren aplikazio eta betepena beharrezkoa, derrigorrezkoa edo debekuzkoa litzateke. Are gehiago, zuzenbidearen barruti publikoan, ez-betetze kasuetan, zehapen bidezko esku-hartzea berehalakoa da, azken hau judiziala, poliziala nahiz agintaritzat bidezkoa izan.

Zuzenbide Pribatuko arauen edukiari begira berriz, gehienak, *esku-emaileak*¹⁷ dira. Hitz gutxitan esanda, beren erabilera norbanakoaren borondatearen esku uzten dute. Bada, partikularrek esku-emaileak diren arau horiek erabiltzen ez badituzte eta beraz, beste modu batean jarduten badute, arauak ez aplikatzeak berekin dakar arauak baliozko edo eragingarriak ez izatea. Beraz, ez al dira beharrezkoak? Legea aplikatzeak berekin arrakasta al dakar?¹⁸. Ondorio horretara heltzen bagara, horrez gain, legegilearen jarduna okerra izan dela ere ondorioztatuko genuke. Legegileak, herritarrek erabilgarritzat hartzen ez dituzten arauak onartu baititu, hots, gizartearentzat eragingarri ez liratekeenak.

¹⁷ RUSSO, E. *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino: Giappichelli ed., 2000, 174.or. eta hurrengoak; «Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva», *Rivista di Diritto civile*, XLVII, sept.-oct., 2001 573.or. eta hurrengoak.

¹⁸ Cfr. OST, F. y VAN DE KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 330.or.

Egoera horren aurrean, zuzenbidearen teoria orokorrak kontsideratzen du arau juridikoen eragingarritasun soziala, azken hauen *betepenen* bidez lortzen dela eta modu horretan, gizartearentzako emaitza eta ondorio baliagarriak bermatzen direla. Beraz, hau izango litzateke lege-gileak bere onarpenaren bitartez esan nahi duena. Hala ere, adierazpen hori aginduzko, derrigorrezko edota debekuzko arauentzat dago zuzendua, hots, horrek, zigor, administrazio eta lan zuzenbidean zentzua izango luke. Esku-emaileak diren arau juridikoei dagokienez berriz, beren eragingarritasun soziala aztertzeko, beste irizpide batzuk hartu beharko dira. Azpimarratzekoa da azken hauek, Zuzenbide Zibilak arautzen dituen arauen artean ugariak direla.

Hainbat autoreren iritziz, NAVARRO horien artean, arau bat eragingarria izango da jasotzaileengandik horien jarduera edo erabakietarako erabilia izaten bada. Araua, ezagutua izateaz gain, aukeratutako egintzarako motibazio izan baita. Gainera, hirugarrenek ez badute erabakia eragotzen, eztabaidatzen edota horren inguruko oztoporik jartzen, hizpide dugun araua eragingarria izaten ari dela ulertuko da.

Hirugarren batek arauaren ondorioak galarazi, eragotzi nahi baditu, arauaren ondorioak inposatzeko helburuarekin, auzitegiatarako joko da. Kasu hau, COTTERRELLEK¹⁹, arauaren betearazpenaz eta legearen aldarrikapenez aritzean deskribatzen du. Horren arabera, legea aldarrikatzea izango da, norbanakoak, ordenamendu juridikoak bere eskura jarritako bitarteko edo baliabide juridikoen bitartez inizatiba hartzea. Horrela, norbanakoa da, epaileei bere interesak babesten dituen eta hirugarren batek eragotzi nahi duen arau zibila aplikatzea eskatzen diena. *Modu horretan, betearazpenaren eta epaileen arau zibilararen aplikazioaren tartean partikularren inizatiba egongo litzateke*. Azken honek, bere interesak asetzeko helburuarekin,

¹⁹ COTTERRELL, R. «Cumplimiento e invocación del Derecho», *Introducción a la Sociología del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1991, 209.or. eta hurrengoak.

horien aplikazioa alegatu edo eskatzen baitu. Legearen aldarrikatze edo eskaera horrek, zuzenbidearen adar guztietan paper garrantzitsua betetzen duen arren, gehienbat, *zuzenbide pribatuan* du eragin. Azken batean, interesdun den partikularrak, berak nahi badu, legea alegatu edo aldarrikatuko du, beste partikular bati arauaren betearazpena galdatuz.

Ondorioz, eta DELGADO ECHEVERRIAK zehaztutakoa aintzat harturik, baieztatu daiteke, partikularrak arauaren betepena galdatu ezean, Zuzenbide Pribatuan ez dela ez- betetzerik egongo. Eta azken honek, auzitegiek arauaren aplikazioa derrigorrez eragotziko du. Ildo horretatik, arau baten eragingarritasun sozialaren irizpideak ezartzeko ikerketan, baieztapen hau egongo dugu: Zuzenbide Pribatuan, arauen betepena eta aplikazioa ez dira balio absolutuak edo erabatekoak.

4. Soziologia Juridikoa eta Legegintza-zientzia

Beste alde batetik, Soziologia Juridikoaren ikuspuntutik, arau juridikoen eragingarritasunaren kontzeptuarekin batera, arauaren arrakastari eta neurketari helduko diogu. Horrela, Zuzenbide Pribatuan eskumena duten eta esku-emaileak diren arau juridiko horien helburua izango da, derrigorrezkoak edo debekuzkoak ez diren egintza batzuen bitartez, beren interesak asetzeko aukera bat eskaintzea.

Hala eta guztiz ere, ahalorde zehatz batzuk erabiltzeko gaitasuna esleitzen duen araua ez erabiltzea komeni da. Hori dela eta, aipatutako arau horren eragingarritasuna ezingo dugu neurtu bere erabileraren maiztasuna aztertu gabe. Izatez, ahalorde batzuen emate hutsak efektuak sortzen ditu, horiek esleitzen dituen araua erabilia izan ez arren.

Bere aldetik, legegintza-zientziak arau juridikoen eraginkortasun sozializatutaz ulertzen duena sozialki baliotsuak diren gauzen egoerak lortzeko gaitasuna da. Horretarako, legegileak, partikularrak borondatez betetako edo

epaileek aplikatutako legeetaz baliatuz eta emaitza eta ondorio determinatzaileak lortzeko helburuarekin, legea egiten du. Baina epaileek araudi zibila borondatez betetzearen eta aplikatzearen artean, ekimen partikularra jartzen da, eta hark eskatu behar du betetzea, betetzen ez bada, beren interesak asetzeko. Horregatik da hain garrantzitsua zuzenbide pribatua ekimen pribatua, esku-emaileak direnez gero, hauei uko egin ahal zaielako.

Esangura horretan, legegileak, esku-emaileak diren eta ahalordeak esleitzen dituzten arauak onartzen dituenean, partikularrek nahi izatekotan, arauak zehaztutako egintza burutzea nahi izango da. Azken honek, arauaren eragingarritasun soziala bere horretan erdiestea dakar. Esku-emaileak diren arauen arrakasta osatu daiteke, bai araua aplikatzean eta baita arau hori kasu batean ere ez aplikatzean. Hau arauak ematen duen baimen edo ahalordearen eta hartzailearen erabaki edo egintzaren arabera izango da.

DELGADO ECHEVERRIA irakasleak kontsideratu du, Zuzenbide Pribatuko arau juridikoen eragingarritasun soziala balioesteko, arau horien betepen eta aplikazioaren neurketa eta egiaztapen hutsa ez dela aski. Are gehiago, haratago joan beharra dago, aurretik aipatutakoak, aginduzko arauentzako irizpide baliagarriak izan arren, esku-emaileak diren eta ahalordeak esleitzen dituzten arauentzat, hots, araugintza zibilean gailentzen diren horientzat ez dira hain esanguratsuk izango²⁰.

Adierazpen horiek babestu eta indartzeko, DELGADO ECHEVERRIAK²¹, testamenturik gabeko oinordetzaren, ezkontzaren ondasun-eraentzaren eta kontratuen zuzenbidearen ereduak hartu eta azterketa bat burutzen du. Bertan argi ikusten da, esku-emaileak diren arauak, testamentu bidez,

²⁰ DI LUCIA, «Agire *secondo* una norma, agire per una norma, agire *in funzione* di una norma» COMANDUCCI, P., e GUASTINI, R. (koord.) *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giapichelli ed. 1996, 37.-45. orr.

²¹ DELGADO ECHEVERRIA, J. *Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho 2006, 29. zk., 210.-214. orr.

ezkontza-itun bitartez nahiz kontratu baten klausula desberdinen bitartez saihestu ahalko direla. Edonola ere, beren arauketa beharrezkoa da eta kasu zehatz batzuetan praktikan jarriko dira, hots, partikularren aurreikuspenetan gabezia bat sorraraztean. Nahigabekoa izango da, testamenturik egiletsi gabe norbait hiltzen denean, edota testamentua bera osatugabea nahiz deuseza denean. Nahigabekoa ere, ezkontza-ituna burutu ez duten ezkontideen kasuan. Eta azkenik, kontratuaren egilesteari dagokionez eransgarri edo osagarri diren kasuetan.

Ondorio moduan, DELGADO ECHEVERRIAK azpimarratu bezala, esku-emaile izaerako arauak eta horiek baztertzen dtuzten partikularren partikularren kasuen zenbateko eta proportzioak ezagutzea, adierazgarria eta beraz, garrantzitsua izango da, hauen eragingarritasunari begira; betiere, partikularrei emandako ahalordeen erabilpen errealearen eta gizarte harremanak osatzeko gaitasunaren zentzuan ulertuta.

III. EUSKAL GIZARTEAN DAUDEN PREMIAK ETA BEHARRAK

Orain arte esan dugun bezala, euskal legegileak bere erantzukizuna betetzen du batetik, EAeko herritarren beharrak eta eskariak jasoz eta bestetik, horri erantzuten dioten eta gizartean aplikatu daitezkeen legeak proposatu eta onartuz. Beraz, akats bat litzateke, gizarte, familia eta ondare guztiz desberdin batentzat, iraganean idatzi ziren legeak bere horretan mantentzea. Azken batean, horien lana litzateke, tradizio historikoaren usadio eta ohituretan jaio eta gero, gaur egun arte aplikatutako Foru eta Legeetan jasotako erakunde juridikoetatik funtsezkoena ateratzea.

URKULLU RENTERIA lehendakariaren hitzetan: «Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko Legea aurrera pausu bat da. Legebiltzarrak onartu duen testuak jakin du iraganeko ikuspegia jasotzen, baina begirada etorkizuneari jarrita. Jakin du duela mende batzuetako ohitura eta usadioetatik

jaiotako erakundeak eguneratzen. Eta gizarte moderno batek dituen arazoak konpontzeko tresna bihurtu ditu. Traineruaren irudia erabiliz, esango nuke etorkizunerantz goazela iraganari begira. Adostasuna abiapuntua dugula, arraunean elkarrekin»²².

1. Euskal Zuzenbide Zibilaren funtsezko ezaugarria: ohitura

Zalantzarik gabe, jatorrizko Euskal Zuzenbide Zibilaren funtsezko ezaugarria ohiturazkoa izatea da. Erabileratik eta ohituratik sortutako sistema juridiko-zibila da, denboran zehar gizarte-premien erritmoan eboluzionatu dena. Beraz, etengabe berritzen ari den zuzenbidea da eta gizarte-premia aldakorrei erantzuna eta estaldura juridikoa ematen die. Euskal Zuzenbide Zibilean zeregin garrantzitsua zuten notario eta baita epaileek ere, sotiltasunez eta ez zuzenbidearen zorrotasunez, Albedrioko Foruak interpretatu zituzten²³. Zuzenbide bizi hau, egokitu egiten da eta erantzuna ematen die beharizanei. Lurralde bakoitzak erantzuna eman zien, lege kutsuko Foru batean jasoz, Batzar Nagusietan onartuz— ohiturazko Foruari ziurtasuna emanez— edo beste kasu batzuetan, jatorrizko ohiturazko Forua mantenduz.

LALINDE ABADÍA irakasleak, ohitura, «foru-lurraldeetako lehen mailako iturri juridiko gisa» hartzen du. Eta sistema juridiko horien artean, asko dira Pirinioetako iturriaren barruan koka daitezkeenak. Bai printzipioei begira eta baita erakundeei begira ere anglosaxoiko sistemekin antzekotasunak ageri baitira, eta ezberdintasunak berriz eredu erromatarrarekin. Laburbilduz, euskal kultura juridiko-zibilaren ondare historikoa sistema zibil bizia izatean datza, eta behar sozial berriak sortu bezain laster be-

²² URKULLU RENTERIA, I. *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. 2015eko azaroaren 2 eta 3an egindako jardunaldiak, Bilbo, 33. eta 34. orr.

²³ Fuero Viejo 1452, 214, en el futuro F.V. Bajo el epígrafe De los Patronazgos de los monasterios é de los derechos de ellos a quien pertenecen é por quien deben ser juzgados [...] por quanto en dicho Condado no se guardaba en los pleitos orden de derecho,

rritzen da. Euskal zuzenbidearen ohiturazko jatorri hori, Euskal Herriko Foru Legalen Legeen Hitzaurrean jasota dago, eta bertan esaten da, Foru erabilera eta ohitura zegoela, hau legean jasoz. Ohiturazko Zuzenbide Zibila Erdi Aroan eta Aro Modernoaren hasieran sortu zen, eta lurralde historiko bakoitzeko batzar nagusiek onartutako legezko foruetan jaso zen²⁴. Iraganean, ohitura hain errotuta egon zen foru-lurraldeetan, ezen Nafarroako Foru Berriak, martxoaren 1eko 1/1973 Legearen bidez onetsitakoak, bere 2. legean ohitura Nafarroako zuzenbidearen lehen iturri gisa jartzen baitu.

2. Euskal Zuzenbide Zibilaren bilakaera

Euskal Zuzenbide Zibilak azken mendeetan pairatu duen jopuntueta-ko bat bere egunerokotasun eza izan da. Azken hau, bereziki XIX. mendean, kodifikazio handien garaian eman zen, non Foruak askotan zalan-tzan jartzen ziren²⁵.

1888ko Espainiako Kode Zibilak alde batera utzi zuen 1851ko proiektu bateratzailea, eta 12. artikuluan hurrengo ezarri zuen: foru-zuzenbi-

nin había probanzas, nin se guardaban en los pleitos otras solemnidades é sotilezas de derecho, nin había probanzas, nin se guardaban en los juicios otras probanzas é sotilezas del derecho é que los dichos alcaldes e veedor juzgaban los dichos pleitos, según el fuero de albedrío [...].

²⁴ Bizkaia, Fueros territoriales: FV. 105; Fuero Nuevo de Vizcaya 1526, 20.11, 20.13, en el futuro F N. En idénticos términos se recogen en los Fueros locales de Bizkaia: Fuero de Durango s. XIV, Fuero de Albedrío de las Encartaciones 1503, 3.23. Álava, Fuero de Ayala (1373) y Aumento del Fuero (1469), en el futuro F A., Gipuzkoa, Fueros locales. Foru Agirien Bilduma/ Colección de textos Forales/ Bizkaiko Foru Legeria/ Legislación foral de Bizkaia, T. I., Bilbao 1991: Bizkaiko Foru Aldundia, Diputación Foral de Bizkaia. Este volumen contiene todos los Fueros y leyes históricas de Bizkaia y de la Tierra de Ayala.

²⁵ CELAYA IBARRA, A. «El Derecho civil y los juristas vascos. Necesidad de crear una Sección de Derecho civil». *Boletín de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia Aldizkaria*. 2003, 1. zk., 42.-53. orr.

dea indarrean duten Espainiako lurraldeek “oraingoz oso-osorik” gordeko zutela. Xedapen horrek, foru-lurraldeen eskubideak geldituta mantentzea zekarren, 1888an zeuden moduan, harri bihurturik. Foru Zuzenbidea antzinako testu eta epaietan oinarritzen zen, eta, beraz, askoren ustez, anakronikoa zen. 1956ko uztailaren 31ko Bizkaiko eta Arabako Zuzenbide Zibileko Konpilazioak, indarrean zegoen Zuzenbidea mantendu nahi izan zuen, idatziz finkatuz. Hala ere, euskal foru-zuzenbidea likidatzeko saiakera ere izan zen, eta, hasteko, ohiturari buruzko aipamen oro ezabatu zen.

1978ko Konstituzioa, eskuzabalagoa izan zen, eta errealitate historikoa kontuan hartuta, autonomia erkidegoak sortu zituen. 149.1.8 artikuluan ezarri bezala, Estatuak eskumen esklusiboa du legeria zibilaren arloan, «Hargatik eragotzi gabe autonomia-erkidegoek foru-eskubide zibil edo eskubide bereziak gordetzea, aldatzea eta garatzea, halakorik dagoen lekuetan». Foru Zuzenbidea gordetzeaz gain, aldatu eta garatu ahal izatea ere garrantzitsua da. Euskal Zuzenbide Zibila printzipio irmoetan eta etengabeko bilakaeran oinarritutako sistema da eta haren lege-garapena ezinbestekoa da bizirik irauteko.

Konstituzioaren testuak ezarri itxaropenak gorabehera, euskal legegintza-ekintza asko atzeratu zen. Euskal legegileak, ez baitzeuden katalanak edo aragoiarrak bezala prestatuta, eta horrek berekin ekarri zuen gaur egun existitzen den AVD-ZEAren sorrera.

1982an Donostian egin zen Euskal Zuzenbideari buruzko Biltzarrak, argi eta garbi erakutsi zuen legegileak ez zeudela prestatuta garai hartara egokitutako euskal Zuzenbide Zibilari buruzko lege bat egituratzeko, eta, beraz, bazirudien ezinbestekoa zela gure Zuzenbide Zibilari buruzko mintegia sortzea, porrot hori gertatu eta gutxira jaio zena RS-BAP-EAEen barruan. Mintegiak laster jakin zuen 1956ko legearen artikulua eta sistematika (gehigarri-proiektuetan oinarritua) alde batera utzi behar zirela lege bat egiteko, forman baino gehiago, ikertu beharreko

euskal zuzenbide zibilaren printzipio inspiratzaileetan oinarrituko zena. Horrela, Bizkaiko Foru Aldundiak sortutako batzorde batek egindako proiektu batean oinarrituta, Mintegiko kideak eta notario-elkargoko ordezkariak bildu eta 1992ko uztailaren 1eko legea posible izan zen. Hala ere, lege honek, ez zuen euskal gizartea asebeste. Batetik, ohitura gipuzkoarrak eta arabarrak artikulatzea falta zen. Bestetik, erakunde batzuei zegokienez, testua kontu handiagoz landu beharra zegoen, eta, hori gutxi balitz, tronkalekotasunari begira, egungo bizitzara egokitzekeko urrats sendoagoak eman behar ziren.

Aipatutako uztailaren 1eko 3/1992 Legeak, Gipuzkoako lurraldeari dagokionez, aldaketa eta arautegiaren handitze baten bidez bultzada handia jaso zuen. Hain zuzen ere, horren isla da azaroaren 26ko 3/1999 Legea, Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibila Gipuzkoako Foru Zibilari dagokionez aldatzekoa.

Legearen edukian eta tipologia buru-belarri sartu aurretik, beharrezkoa da horren inguruko aipamen batzuk egitea. URRUTIA BADIOLAK *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros* izenburupean 2015eko azaroaren 2 eta 3an ospaturiko jardunaldietan²⁶ zehaztu bezala, nabarmentzekoak dira LDCV-ZZELk, oinordetza erregulazioan sorrarazi dituen aldaketak. Honen aurrean, EAEn aplikagarri diren erregulazio maila desberdinen artean, kateadura sendo bat bilatzea garrantzitsua izango da. Euskal zuzenbide zibilaren, zuzenbide zibil erki-dearen eta Europako zuzenbidearen arteko harremanaz ariko ginateke.

Honi loturik, aipatzekoa da instituzioek honen aurrean jokatu beharreko papera, hots, beharrian sozialei erantzutea eta honen garapen teo-

²⁶ URRUTIA BADIOLA, A.M. «La sucesión mortis causa en general en la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco y los testamentos en particular», *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Eusko Legebiltzarra, RSBAP-EAE, Vitoria-Gasteiz, 2016, 303.-341. orr.

riko eta praktikoa jarraitzea. Ez hori bakarrik, beharrezkoa izango da, Legeak emandako irtenbide edo konponbide hauek, euskal gizarteak eta eragile juridikoek gure eskura jartzen dituzten adierazle soziologiko, estatistiko eta ekonomikoekin kontrastatzea. Azkenik, eta testamentu-gintzari dagokionez, testamentu-ahalorde edo oinordetza-fiduziarioaren oinordetza itunak eta testamentu mankomunatuaren garapen teoriko eta praktikoa beharrezkoa izango da.

Esanahi horretan, legegileak, LDCV-ZZELan jasotako arau zibilak onartuz, askatasun zibilaren printzipioaren alde egiten du, betiere, asebetetze eta eraginkortasun soziala bilatuz.

IV.TIPOLOGIA ETA EUSKAL LEGEAREN ERANTZUNA: PRAXIS

Eusko Legebiltzarrak, 2013ko azaroaren 28an Euskal Zuzenbide Zibila eguneratzeko berariaz sortutako Erakunde, Segurtasun eta Justizia Batzordean aho batez egokitutako ebazpen baten bidez, bere gain hartu zuen XXI. mendeko euskal gizartearentzako lege zibil berri bat egiteko eta onartzeko lana. Konpromiso horretatik, profesionalek eta gizarte-erakundeek Legebiltzarraren aurrean bateratze-lana egin zuten, errealitate sozial berriei erantzuteko Euskal Lege Zibil berrian sartu behar ziren erakunde zibilak eta tipologia juridikoa aztertu eta proposatu. Legegintza-lan horren emaitza da onartutako LDCV-ZZEL, eta, jarraian, legearen aldeko zenbait alderdi edo funtsezko ezaugarri nabarmenduko ditugu; batetik, beren erabilera gehiago ahalbidetzen baitute eta bestetik, EAEko biztanle guztiei zabaltzen baitzaizkie.

1. Askatasun zibilaren kontzeptua

Legegileak askatasun zibilaren printzipioa euskal zuzenbide zibilaren iturriari buruzko kapituluan sartzen du eta euskal sistema juridiko pribatuaren funtsezko elementutzat hartzen du. CELAYA IBARRAREN hitzetan,

«(...) el Derecho Civil Vasco se distingue también, por su gran apego a la libertad, que en este caso es la libertad civil, y mantuvo en todo su ámbito instituciones como la libertad de testar, los testamentos por comisario y en forma mancomunada o los pactos sucesorios que el Código Civil prohibió terminantemente»²⁷.

Arau zibilen jardunari begira, esku emaile izaera dute, beraz, horietatik eratorritako eskubideei uko egin dakieke, betiere ordena publikoari edo hirugarrenen interesari kalterik egiten ez bazaio. Haren erregulazioak, ohiturazko jatorria indarrean dagoen araudian mantentzen du. Izan ere, foruek izaera hori, “zuzenbidean sotiltasuna eta zorrozatasuna baino gehiago, hautamena” delako baieztapenekin jaso zuten, eta baita idatzizko legeen hasieran behin eta berriz erabiltzen zen esaldiarekin ere “Erabilera eta ohitura zutela eta lege bidez ezartzen zizutela”.

Legegileak, izaera pribatuko harreman juridikoak autoregulatzeko borondate askean eta praktika kolektiboan oinarritutako printzipio hori berariaz jasotzen du. Eta azken hau, legean sartzen diren gai zibilei, hala nola oinordetza-zuzenbideari eta familia-ondareari, eragiten dieten erabakiak hartzeko orduan errespetua eta askatasuna zabalatzeko borondatearen adierazpen gisa hartzen du. Eta hala adierazten da tronkalekotasunari eta seniparteei buruzko araudiek ukitutako pertsonen erabilera askearen ondorioak eta mugak murriztuko dituzten arauetan, EAE osora zabalitzen baitira, pertsoneri erabaki askeagoak hartzeko aukera emanaz.

Printzipio hori Zuzenbide Zibilaren adar desberdinetan ageri da, baina bereziki, oinordetza-zuzenbidean, oinordetza-askatasunaren bidez, ondarearen batasuna eta familiaren edo lanbidearen ustiapena mantentzea ahalbidetuko duen tresna gisa. Modu horretan, testamentua komisario

²⁷ CELAYA IBARRA, A. «Hacia una Ley civil vasca, Jornada Hacia la primera Ley civil vasca» *Boletín de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkarian*, 2007ko ekaina, ez ohiko 4. zk., 31. or.

bidez egitean eta izendatutako pertsonari ahalordea esleitzean agertuko da; baita, oinordetza-itunak egitean edota jaraunslea hautatzeko askatasunean ere, senipartea nori eratziki erabaki ahal izatean eta senipartedunen bazterketari egitean.

2. Euskal auzotasun zibila

Ordura arte, legegileak EAeko Foru Zuzenbide Zibila kontserbatzeko eta aldatzeko jardun bat garatu eta 1992ko legean eguneratu zuen. 2015eko lege berriarekin, araudi hori eguneratu eta garatzeko ardura hartu eta egungo gizartearen behar eta aldaketa sozial, familiar eta ekonomikoetara egokituz, haren aplikazio-eremua eta indarraldia EAE osora zabaldu zuen.

ÁLVAREZ RUBIOren hitzetan, euskal auzotasun zibila euskal lege zibil berriaren benetako giltzarria da eta honakoa adierazten du «(...) constituye un elemento básico para resolver los conflictos de leyes en el ámbito interregional, en cuanto principio general de vinculación y como técnica para determinar la sujeción a un determinado ordenamiento civil»²⁸. Hala ere, honako hau adierazi du: «(...) no puede hablarse de creación ex novo de una nueva vecindad civil (la vecindad civil vasca), sino que se positiviza el reconocimiento de la existencia de tal categoría, como única vía conflictual que permita hacer realidad la aplicación de ciertas instituciones civiles propias de nuestro Derecho civil vasco a los tres Territorios Históricos, respetando las particularidades o especificidades de cada uno de ellos, pero a la vez dando plasmación normativa a una realidad subyacente históricamente y que por primera vez adquiere refrendo legal».

²⁸ ÁLVAREZ RUBIO, J. J. «Del ámbito de aplicación de la Ley Civil Vasca (Artículos 8 a II). Ámbito de aplicación territorial y personal de la ley 5/2015: Normas de conflicto y vecindad civil vasca» in URRUTIA BADIOLA, A. M. (koord.). *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco Comentarios breves texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notaria*, Academia Vasca de Derecho- Zuzenbidearen Euskal Akademia, Dykinson, Bilbao, 2016, 37. or.

Gizarte-eskaera bati ematen zaion legezko erantzuna da eta bere harreman pertsonal, familiar eta ondarezkoak planifikatzeko, lege-baliabide berberak eduki ahal izateko orduan, berdintasunez erabilia izan beharko da. Azken batean, euskal auzotasun zibil hau erregulatzeak dakar indarrean dagoen legea EAEko hiru lurralde historikoetan aplikatzea. Hemen interesatzen zaiguna da, euskal auzotasun zibil hori dela eta, euskal herritar guztiei oro har aplikatu dakiekeen euskal oinordetza-zuzenbideko araubide bat lotzea. Araubide horren ezaugarri nagusia da, oro har, aplikazio-ardatz bikoitza duela.

Hortaz, Lege berriak, 10. artikuluan²⁹ eta lehen aldiz, euskal auzotasun zibilaren kontzeptua ezartzen du, eta hau, Zazpigarren Xedapen Iragankorrean EAEko edozein lurraldetan auzotasun zibila duten guztiei esleitzen die. Euskal auzotasun zibil komun horretaz gain, legeak berak aitortzen dituen lurralde-espezialitateekin lotura espezifikoak dutenei tokiko auzotasun zibila esleitzen die; izan ere, foru-komunikazioaren tronkalekotasunean eta ezkontzaren araubide ekonomikoan oinarritzen dira, funtsean, bizkaitarrentzat, hiribildukoentzat edo elizatekoentzat, aiaraldarrentzat testamentua egiteko askatasunean eta Gipuzkoan baserria transmititzeari buruzko arau berezietan, gipuzkoarrentzat.

Horrek guztiak, azken batean, errealitate berri bat eratzen du EAEko lege zibilen gatazkarako, eta barne ikuspegitik, 9.3. artikulua, lege-gatazka horretara jotzen du, berariaz ezartzen baitu: «Tokiko gatazkak ger-

²⁹ 5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa. 10. art.: Aplikazio pertsonalerako eremua. «1.– Euskal Autonomia Erkidegoko Zuzenbide Zibila aplikatzen zaie euskal auzotasun zibila duten pertsona guztiei. 2.– Euskal auzotasun zibila, edo bestela tokiko auzotasun zibila hori aplikatu behar denean, Kode Zibilaren arauekin bat etorri eskuratu, iragarazi eta galdu egiten da, betiere ondasun tronkalekotasun-printzipioari kalterik egin gabe. 3.– Lege honek Zuzenbide Zibileko arauak jasotzen dituela kontuan hartuta, halako batzuk arau berezi moduan indarrean badaude Bizkaiko lurralde historikoan, eta Audio eta Aramaioko udaletan, orduan lurralde horietan tokiko auzotasun zibila dutenei aplikatzen zaizkie arauok, forudun izan zein ez».

tatzen direnean lurralde batzuetan indarrean dauden arauen artean, edo gatazkak gertatzen direnean arau horien eta EAEko arau orokorren artean, gatazkok konponduko dira Kode Zibilaren xedapenen bitartez, betiere ondasun tronkalen arloan indarrean dagoen lurraldetasun-printzipioari kalterik egin gabe».

Euskal auzotasun zibilarekin batera, EAeren lurraldea, Legean araututak dauden printzipio, erakunde eta errealitateen ondoren, aplikatzeko hurrengo faktore gisa agertzen da. Aipatutako printzipio hauen adibide garbiak izango dira, elkartasunaren printzipioa eta jabetzaren funtzio soziala, hizkuntza koofizialak eta euskal zuzenbide zibila, baserria, landa-errentamendua, bide-zorra, landak ixteko eskubidea, kofradiak eta ermandadeak, hil buruko testamentua eta Kode Zibilak ezarritako beste testamentu motak.

3. Tronkalitatea, Aiarako Forua eta Gipuzkoako baserria

LDCV-ZZEL berriak, lurralde guztietarako erkidea den euskal espazio juridiko horren ondoan, lurralde-espazio juridiko batzuk eratzen ditu, euskal lurralde historikoetako berezko erakundeetan oinarrituta daudenak, eta horiek aplikatzeak, tokiko auzotasun zibila lotura-puntu gisa defendatzen du, aplikatzen diren lurralde mugatuarekin batera.

Bere historia eta hedaduragatik, beharbada, garrantzitsuena Bizkaiko, Aramaiako eta Laudioko tronkalitatea da, eta horren aplikazioa leundu egiten da, bai doako egintzen urratzearen ondorioei dagokienez, deuseztagarritasun absolutua izateari utzi eta deuseztagarri bihurtzen delako, bai eta foru-sakaren bidez kostu bidez egindako egintzei dagokienez³⁰. Lehentasunez eskuratzeko tronkaleko eskubide horri eusteak, GOIKOETXEA OLEAGAREN³¹ aburuz, tronkalitateak familia-funtzioari balioa em-

³⁰ 5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa 61.- 87. art.

³¹ GOIKOETXEA OLEAGA, L. «De los derechos troncales de adquisición preferente (Artículos 72 a 82)», in URRUTIA BADIOLA, A. M. (koord.). *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Dere-*

ten dio, arrotzen aldeko besterentzeak gertatzen direnean ondarearen familia-izaera defendatzeko tresna eraginkorra den aldetik.

Zentzu horretan, EAEko JANren 2017ko azaroaren 4ko Epaia³², bostgarren OJan, foru-sakako akzio bat gauzatzeari eta baserriat zer ulertu behar den zehazteari buruzko gaia ebazten du, bere iritzia emanez. Horrela, foru-sakako akzioa aintzat hartzen da eta ezezagun bati egindako salmenta saihesteko, egungo LDCV-ZZEL aplikatzen da bai baserriaren kontzeptuari dagokionez eta baita tronkaleko ahaideek duten lehentasunez eskuratzeko eskubideari dagokionez ere.

Egungo araudian oinarritutako erabaki horrek jabearen askatasuna mugatu arren, ez da ondasunen edo finken xedatze-askatasunaren edo trafikiko juridikoaren aurkakoa, baizik eta, horren bitartez, familia tronkalarren barruko ondarearen kontserbazioa babesten da.

Ikuspuntu praktikotik, arauketa berri horrek aukera emango du tronkaleko ondasun baten jabeak xedatzeko eta erabakitzeko askatasuna zabaltzeko, ondasun hori familiakoa ez den beste pertsona bati eman edo saldu nahi dionean, tronkaleko ahaide ez bada. Horrela, ondasun higiezinaren trafikiko juridiko eta ekonomikoaren jarduketak errazten dira, tronkalekotasun-eskubideak egungo gizartearen behar, praktika eta balioekin konbinatuz.

Horrez gain, Gipuzkoako baserriari buruzko arau berezien (96.-99. artikulua) bidez eta baita 88. artikulutik 95. artikulura bitartean ezarritako arauketaren bidez, Aiarako Foruak eta testamentua egiteko erabateko askatasunak bere horretan jarraitzen dute.

cho Civil Vasco Comentarios breves texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial, Academia Vasca de Derecho- Zuzenbidearen Euskal Akademia, Dykinson, Bilbao, 2016, 105-116. orr.

³² EAEko Justizia Auzitegi Nagusiaren Epaia, 12/2017 zk., azaroaren 4koa, 11/2017 erre. zk.

4. Ezkontideen eta izatezko bikoteko kideen arteko eskubideak parekatzea

5/2015 Legeak, oinordetza ondoreetarako, legean bertan arauturiko gai guztiei dagokienez, ezkontzako ezkontideen eta izatezko bikoteko kideen eskubideak parekatu egingo direla ezartzen du. Modu horretan, pertsonen arteko bizikidetzaz-erabaki mota horiek areagotu izanak eta diskriminazio-egoerak eta eskubide-urraketak saihestu behar izanak ekarri duen gizarte premia zabalari erantzuna ematen dio. Hala ere, Bigarren Xedapen Gehigarriak ezarri moduan, izatezko bikoteei buruz jasotako artikulu bakoitza, Eusko Jaurlaritzak eraturako izatezko bikoteen administrazio-erregistroan inskribatuta daudenei buruzkoak direla ulertu behar dela, betiere, Eusko Legebiltzarraren martxoaren 7ko 2/2003 Legean ezarritako lege-aginduarekin bat etorritz.

Legegileak, 2003ko lege horren 9. artikuluan, izatezko bikoteen eta ezkonduen arteko parekatzea oinordetza-araubideari dagokion guztian sartzea erabaki zuen: «Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibilaren uztailaren 1eko 3/1992 Legeak ezarritako ondorioetarako, izatezko bikoteak ezkonduetako bikoteen parekotzat hartuko dira».

Gaur egun, ORIBE MENDIZABALEK³³ zehaztutakoari jarraiki, parekatze hau ondorio guztietarako izatea lortu nahi da. Horrela, harreman motaren eta gizarte-bizikidetzako ereduaren bilakaerari erantzuna emango zaio eta izatezko bikoteei, erabakiak hartzeko eta ezkontideen arteko bizikidetzaz baldintza berdinetan antolatzeko aukera emango zaie.

³³ ORIBE MENDIZABAL, A. «Las Parejas de Hecho tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco», in URRUTIA BADIOLA, A. M. (koord.). *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Eusko Legebiltzarra, RSBAP-EAE, Vitoria-Gasteiz, 2016, 485-504. orr.

5. Oinordetza zuzenbidea

Oinordetzei buruzko araudiari dagokionez, legegileak orain arte ez bezala, bere aplikazioa EAE osora zabaltzen du, euskal auzotasun zibila duten pertsona guztiek beren harreman pertsonalak eta ondarezkoak planifikatzeko legezko tresna berberak izan ditzaten erraztuz. Izatez, hori da legearen funtsezko ardatza, herritar guztientzat oinordetza-eskubide bat formulatzea. Gainera, onartutako arauak, gizartearen eskaerei eta premiei emandako erantzun legegilean, aldaketa handia ekarri dute eta garaia da, arau horien aplikazio eta erabileraren bitartez merezi duten eragingarritasun soziala isladatzeko.

EAEko oinordetza zuzenbidea errealitate sozial berrira egokitzeko araudi berriak, denbora beharko du kontraste soziologiko, ekonomiko eta estatistiko bat lortzeko. Eta kontraste horrek lege berri hauek herritarrentzat baliozkoak eta eragingarriak izan al diren adieraziko digu. Berez, operadore juridikoek herritarrak informatu eta aholkatu ondoren, herritarren eskuetan dago arauak aplikatzea, eta bertan ikusiko dugu beren beharrak asetu diren.

Hasieran aipaturiko eskubide horren funtsezko ezaugarriak dira, foru-zuzenbidearen tradizioari jarraituz, oinordetza-titulu ugari arautzen direla, elkarren artean bateragarriak eta testamentuzko oinordetzari, testamenturik gabeko oinordetzari eta oinordetza-iturari buruzkoak³⁴. Hartara, hiru titulu horiek, hots, testamentuak, oinordetza-iturak eta abintestato oinordetzak (batez ere lehen biek) ahalbidetzen dute ezkontza edo izatezko bikoteen kasuetan ahalik eta gehien ematea bi bizikide horien artean, horri gehitzen bazaio xedapen askeko zatiaren gehikuntza (2/3) eta elkarri emateko gozamen unibertuala.

³⁴ 5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa 18. art.

Ildo horretan, testamentua egiteko askatasuna zabaldu egin da, seme-alaben edo ondorengoen legitimitatearen zenbatekoa jarauntsiko ondasunen heren batera murriztu baita; era berean, senipartedunak honako hauek baino ez dira izango: edozein gradutako seme-alaba ondorengoak eta alarguna edo izatezko bikotekidearengandik bizirik atera den kidea, aurreko senipartedunak desagertu baitira. Honi guztiari, aurretik existitzen ez zen biztantzeko eskubide bat gehitu zaio. Esan beharra dago, azken honek, ezkontide alargunarentzat edo izatezko bikotekidearengandik bizirik atera den kidearentzat erabilgarritasun praktiko nabarmena duela. Hitz batez esateko, ardatza familiaren lehen lerro horretan jarri eta bizikidetzat lehenetsi da, egungo gizartearen premiei erantzun egokia emanetz, hori baita arauaren eragingarritasuna bermatzea.

Aurrekoak senipartedun gisa desagertu izanaren inguruan, aipatzea da Erregistroen eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren 2016ko urriaren 6ko ebazpena³⁵. Bertan, notarioak arau juridikoa aplikatzearen alde ebatzi da. Izan ere, aurreko ahaideak jada senipartedun ez direla ezartzen duen lege berria onartu ondoren, azken hauek ez dira ondasun higiezin bat barne hartzen zuen jaraunspena onartzeko eskrituran agertu behar. Horren aurrean, jabetza erregistratzailea, eskritura hori inskribatzearen aurka zegoen. Bere ustez, testamentua lege berria indarrean egon aurretik egin zenez, aurreko ahaideak seniparteduntzat jo behar ziren eta beraz, eskrituran agertu eta seniparteari uko egin behar zioten.

LDCV-ZZEL berrian jasotako ondorengoen senipartearen gaiari dagokionez (heren batera murrizten da, kolektiboa da eta senipartedunak aukeratu eta baztertu ahal dira), Erregistroen eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiak, data hauetan zenbait ebazpen interesgarri eman ditu: 2017ko ekainaren 12an, 2017ko uztailaren 12an, 2018ko abenduaren 20an, 2019ko uztailaren 4an eta 2019ko abenduaren 18an. Modu horre-

³⁵ Estatuko Aldizkari Ofizialaren 255. zk. 2016ko urriaren 21koa.

tan, honakoa nabarmentzen zen: «No se trata de un problema de interpretación de un testamento sino de aplicación de la Ley. A este respecto, la evolución del Derecho Foral de Vizcaya, antecedente indiscutido en la regulación actual del Derecho Civil Vasco, ha sido clara: la Compilación de 30 de julio de 1959 admitía el apartamiento expreso o tácito, pero exigía que constara claramente la voluntad del testador de apartar de su herencia a descendientes (artículo 23). Posteriormente, la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, mantuvo la misma doctrina y reguló los efectos de la preterición no intencional, dando derecho al preterido a «una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido» (artículo 54). Y la Ley 5/2015, de 25 de junio, actualmente vigente es clara; no exige que conste la voluntad expresa de apartar, y equipara al apartamiento la preterición, intencional o no. La línea evolutiva del Derecho Foral en el País Vasco ha sido constante desde los lejanos tiempos anteriores a la Compilación en que, para salvar la «legítima formal» de los apartados, se utilizaba la fórmula notarial de asignarles a los mismos «un real de vellón, un palmo de tierra y una teja»³⁶.

Hala ere, eta kontrako zentzuan, Gipuzkoako Probintzia Auzitegi-ko Bigarren Sekzioak 2019ko maiatzaren 13ko Epaia eman du, zeinak aurreko ebazpenekiko desadostasuna adierazten baitu eta honako hau adierazten du bere hirugarren OJn: «La Ley 5/15 ha introducido la posibilidad de que el causante transmita la legítima a los legitimarios de su elección, apartando a los demás, pero no ha suprimido la legítima, sino que por el contrario la regula expresamente, determinando su cuantía»³⁷.

Legegileak onartutako arau berria indarrean sartu zenetik aplikatzen da eta honek batzuetan, administrazio-organismoek eta organo judizialek

³⁶ Estatuko Aldizkari Ofizialaren 159.zk. 2017ko uztailaren 5ekoa.

³⁷ Gipuzkoako Probintzia Auzitegiko Epaia, 384/2019 zk., maiatzaren 13koa, 2134/2019 erre. zk.

ebatzi beharreko interes-gatazkak eta auzi judizialak eragiten ditu. Hau, arau juridiko jakin baten eraginkortasun soziala aztertu eta baloratzeko beste elementu bat izango da.

Gainera, arauketa berriak murriztu egiten ditu tronkalekotasun-printzipioak ondasun higiezin baten titularrari besterendu nahi duenean ezartzen dizkion mugak, eta haren ondorioak jada ez dira erabat deuseztasunekoak. Azken hori, GOROSTIZA VICENTEREN hitzetan³⁸, legegileak sartutako berrikuntza garrantzitsuenetariko bat da. Azken batean, eguneratze horren helburua, arrotzei egindako trasmisioetan, gizartea eta familia-ondarea babestea da.

Hala ere, legeak tronkalekotasun-printzipioa tronkaleko ondasunen gaineko jabetza-eskubidearen edukia mugatzen eta taxutzen duen printzipio gidarizat (oinarrizkoa, funtsezkoa) hartzen jarraitzen du. Esanahi horretan, aipatzekoa da EAeko Justizia Auzitegi Nagusiaren 8/2018 Epaia hiru garren OJan dioena: «(...) Y es que, aunque no quepa en la actualidad atribuir a la troncalidad un sentido idéntico al que otrora tuvo, a la vista del cambio y evolución que la familia, la economía y la sociedad han experimentado desde entonces, nada impide seguir caracterizándola: (I) como un principio rector del derecho civil de Bizkaia (...) (II) y también (...) como un principio que delimita y configura el contenido “ordinario” o “normal” del derecho de propiedad sobre los bienes troncales»³⁹.

³⁸ GOROSTIZA VICENTE, J.M. «De la Troncalidad en Bizkaia, Aramaio y Llodio. Disposiciones generales (Artículos 61 a 71)», in URRUTIA BADIOLA A. M. (koord.) *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco Comentarios breves texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia, Dykinson, Bilbao, 2016, 103. or.

³⁹ EAeko Justizia Auzitegi Nagusiaren Epaia, 8/2018 zk., abenduaren 10koa, 22/2018 erre. zk.

Era berean, egokitzen jotzen dira lege berrian tronkalitatearen instituzioa arautzean legegileak egokitutako erabakiak; onibarren, finken edo higiezinaren jabe baten ahalmenak mugatzen dituzten arauak eragiten dituzten ondorioak leuntze aldera, xedatze-egintzak edo besteren-tze-egintzak egiteko, ezezagunen edo lehentasunik gabeko tronkaleko ahaideen alde, halakotzat jotzen baititu.

Tronkaleko ahaideen eskubideen babesari eusteko, Bizkaiko Probintzia Auzitegiko Bosgarren Atalak 2019ko apirilaren 12an emandako Epaiak, tronkaleko ahaidetzat zein hartu beharko lirakekeen ezartzen du bere bigarren OJn: «...conforme a lo establecido en el artículo 68.1 de la Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco “la troncalidad nace desde el momento en que un bien raíz es adquirido por una persona de vecindad civil vizcaína o de los términos de Aramaio y Llodio y se extiende desde ese momento a todos sus descendientes, salvo lo establecido en el artículo 63.3 de esta Ley”, esto es, cuando el bien raíz se adquiere de quien no es pariente tronquero, aunque haya pertenecido anteriormente a alguno de ellos, no se hacen troncales mientras no se transmitan a un descendiente, como sucede en nuestro caso, en que los padres del actor y del causante adquirieron los bienes litigiosos de terceros ajenos, y extendiéndose la troncalidad en la línea descendente sin limitación de grado, salvo lo dispuesto en el artículo 63.3, terminando en la ascendente en el ascendiente que primero poseyó el bien raíz, llegando en la colateral hasta el cuarto grado civil, inclusive, de parentesco»⁴⁰.

Era berean, aurretik, Auzitegi Gorenaren Zibil Arloak 2010eko martxoaren 11n emandako epaiak, tronkaleko senideen eskubideen babesa aitortzen zuen. Bertan, eskubide horien aurkako eskualdatze-unean tronkaleko ondasunen titularrak Bizkaiko auzotasun zibila galtzen zuen kasuei erreferentzia eginez, hirugarren OJn honakoa ezartzen zuen: «...

⁴⁰ Bizkaiko Probintzia Auzitegiko Epaiak, 103/2019 zk., apirilaren 12koa, 345/2018 erreka. zk.

por esencia de la troncalidad, la pérdida de la vecindad vizcaína no supone restricción alguna en los derechos y deberes de cualquier naturaleza derivados de la misma (...) Por derechos y deberes debe entenderse las limitaciones impuestas por el principio de troncalidad y la facultad de exigir su efectividad por los legitimados»⁴¹.

Aipagarriak dira, halaber, legegileak sartutako beste ildo edo ezaugarri batzuk, hala nola, jaraunspen-erantzukizun mugatua, legitimazio kolektiboa eta jaraunsele bazterketaren bidez askatasunez aukeratzea, familia-ondarearen batasuna edo ustiapen profesionala babesteko helburua, haren jarraipena bermatzeko. Eta, besteak beste, testamentu-xedapena, testamentu mankomunatua edo ermandadeko testamentua eginez (Nafarroan arautzen den bezala); oinordetza-itunak, kausatzailea hil ondoren ez ezik, aurretik ere ondasunak eskualdatzea ahalbidetzen dutenak; eta beste pertsona bati edo batzuei, komisario deituei, testamentua eskuordetzan emateko dagozkien ahalmenak egikaritzea debekatzea. Kasu horretan, komisario izendatuari luzatu egiten zaizkio jarauntsiko ondasunen gaineko xedapen-ahalmenak, oinordetza-eskualdaketa egin ahal izateko, egintza batean edo batzuetan, eta notario-eskrituran adierazitako denboran eta epean.

Legegileak, onartzen dituen arauetan, herritarren ohitura eta praktikak kontuan hartzen ditu. Batez ere, lege ezarritako epea luzatzerakoan, testamentu-botere batek komisario bati ematen dizkion ahalmenak egikaritu ahal izateko; kausatzaileak komisario horri agindu dionean bera hil ondoren, haren ondasunak eta jarauntsia banatzeko. Eta legeak eskaintzen dituen aukera berriek, arau zibil baten ezaugarriak betetzen dituzte; izaera esku-emailea dute, borondatezkoa da erabiltzea, hau interesdunaren erabakia izango da eta bere beharren arabera aplikatuko du, hainbat egintza edo unetan, eta, horrela, erabilera, balio eta benetako eraginkortasun soziala emango die aruari eta legegintza-jardunari.

⁴¹ Auzitegi Gorenaren Epaia, 111/2010 zk., martxoaren 11koa, 827/2006 erre. zk.

Gauza bera gertatzen da oinordetza-itunen arauketa berriarekin, LD-CV-EZZLren 100. artikuluan eta hurrengoetan arautzen dena. Azpimarragarriak dira, jarauntsiaren kausatzailea bizirik dagoela, jarauntsi baten edo horren zati baten oinordetza-eskubideei uko egiteko oinordetza-itu-nak (100.2. art.), Kode Zibilak ezarritako debekuaren aurrean. Honek, gaur egun ohikoa den egoera bati erreferentzia egiten dio, hain zuzen ere, operadore juridikoek elkarrekin seme-alabak dituzten dibortziazutako edo banatutako bi ezkontideren ondarearen antolaketan edo banaketan konponbideak eskaini behar dituztenean. Gurasoen aurkako klausula modukoa da eta honek berekin dakar, seme-alaba adingabe erkideei jarauntsian, dohaintzan edo oinordetza-itunean utzitako ondasunak testamentugilea bananduta edo dibortziazuta dagoen aitak edo amak oinordetzan bide horretatik zerbait hartzea. Legeak hori ahalbidetzen du, gizartean dagoen premiari erantzun egokia emanez. Hartara, zentzuzkoa dirudi oinordetza-itunek eskaintzen dituzten aukera horiek gizartean gehiago erabiltzea, batez ere oinordetza-egintza gisa, kostu fiskal edo ekonomiko txikia edo aldekoa badute.

Beraz, hau guztia oinarri harturik, beharrezkoa da euskal ordenamendu juridiko zibil honen izaerari buruzko gogoeta bat egitea, Lege berriak, bere iturri (1.-4. artikulua) eta printzipio inspiratzaileen (5.-7. artikulua) bidez aintzat hartzen duena. Lurralde-aniztasuna kenduta, eta euskal ordenamendu juridiko zibilaren eta, haren barruan, euskal oinordetza-zuzenbidearen ezaugarriak antolatzerakoan, haren edukia sistematizatzeko beharra dago, oinordetzari bereziki eragiten dion euskal sistema juridiko zibila eraikitzeko lan batean oinarrituta. Horra hor dogmatika juridikoaren lana, antolamendu juridiko jakin bat islatuko duen kokatze sistema bat egiteko orduan. ROBLESen arabera, honela osatuta dago: «Todos aquellos textos que son generados por las autoridades generadoras de preceptos. Por tanto, la determinación de los textos jurídicos que configuran un ordenamiento sólo es posible mediante la previa determinación

de las autoridades generadoras de decisiones que dan lugar a preceptos o disposiciones dotadas de fuerza jurídica, entendiendo esta palabra en su sentido jurídico más amplio y que integra cualesquiera de las modalidades normativas que hemos estudiado: determinar las fuentes o decisiones generadoras de textos potencialmente normativos, el espacio, el tiempo, los sujetos, las competencias, los procedimientos, los poderes y los deberes (de conducta, de decisión y de ejecución). Expresándolo grosso modo podríamos decir que los textos que forman un ordenamiento jurídico son los textos con fuerza normativa»⁴².

Sistema juridiko horrek, oinordetzari dagokionez, oinarri batzuk ditu eta, VALLET DE GOYTISOLOREN arabera, oinordetzaren bide diren erakundeak, kausatzailearen xedapen askearen mugako erakundeak eta oinordetza-tituluak oinordetza-zuzenbidearen printzipio gisa sailka daitezke⁴³. Hala ere, oinarri horiek, oinordetza-fenomenoaren ikuspegi dinamikoa batekin osatu behar dira eta ikuspegi hori, oinordekoaren izendapenetik hasi eta jaraunspen-banaketa eta oinordetza *iter*-aren amaieraraino doan *tempus* osoan zehar⁴⁴. Oinordetza-fenomenoarekiko hurbilketa klasiko hori, LDCV-ZZELaren barruan *ex novo* ezartzen da eta arauketa horrek, estatutu berria dakarkie euskal herritarrei, hots, orain arte hainbat arauketa zibilen mende egon diren horiei.

6. Ondasunen araubidea ezkontzan edo izatezko bikotean

Gai honi dagokionez, legegileak bi egoera horiek arautzeko ezarritako lehen irizpidea ezkontideek eta izatezko bikoteko kideek beren ezkon-

⁴² ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del Derecho*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2015, vol. II, 225-226. orr.

⁴³ VALLET DE GOYTISOLO, J. *Panorama del Derecho de Sucesiones. I Fundamentos*. Madrid: Editorial Civitas, 1982, I. liburukia.

⁴⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J. *Panorama del Derecho de Sucesiones. II Perspectiva dinámica*. Madrid: Editorial Civitas, 1982, II. liburukia.

tza-itunetan edo ekonomia- eta ondare-itunetan nahi dutena aukeratze-ko askatasuna izango da. Horietan, beharrezkotzat jotzen dituzten klau-sulak eta estipulazioak zehaztu ahal izango dituzte, bakoitzaren eskubide eta betebeharrak, haustura-kasurako konpentsazio ekonomikoak edo le-gez ezarritako sistema ekonomikoa adierazita.

Askatasun zibilarren printzipioaren beste adierazpen bat bezala ulertu behar dugu, azken hau, euskal erregulazio zibilean, funtsezko ardatza bai-ta; bai oinordetzei dagokienez, eta baita ondasunen araubide ekonomikoa legezko edozein bizikidetzeta-motatan ezartzeari dagokionez ere. Baina ondasunen gaineko akordio ekonomikorik eta araubiderik borondatez ezartzen ez bada, legeak kasuz-kasu ezartzen du zein lege-araubidetan arautu behar den. Ezkontzaren kasuan, ezkontzaren ondasun-eraentza itunik ez dagoenean, Kode Zibileko irabazpidezko sozietateen arauak arautzen dutena izango da aplikagarri, nahiz eta erregimen ekonomikoa euskal zuzenbide zibilak zehaztu eta igorpena egin Kode Zibilarren sis-tema zehatz bati. Igorpen hori dinamikoa da, alegia, aldiak aldiak Kode Zibilak arautzen duen irabazpidezko sistemari egindakoa. Bestalde, izatezko bikotearen kideen artean esanbidezko itunik ez badago, legeak, ordezko gisa, Kode Zibilarren ondasun-banantzearen araubide ekonomikoa eta ondarezkoa ezartzen du. Aurreko erregulazioak, PARAMIO JUNQUE-RA eta PIÑOL OLAETAren hitzetan: «(...) omitía hacer mención alguna al régimen legal de aplicación en defecto de pacto y esta indefinición había causado más de un conflicto»⁴⁵.

⁴⁵ PARAMIO JUNQUERA, N. eta PIÑOL OLAETA, E. «Disposiciones Adicionales, Transitorias, Derogativas y Final», in URRUTIA BADIOLA, A. M. (koord.). *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, Academia Vasca de Derecho- Zuzenbidearen Euskal Akademia, Dykinson, Bil-bao, 2016, 219.-237. orr.

7. Zerga-araudiaren egokitzea

Azkenik, interesgarria da 5/2015 Legearen Hirugarren Xedapen Gehigarrian legegileak ezartzen duen aurreikuspena eta agindua nabarmentzea, EAEko araudi zibilaren erabilera eta aplikazioa errazteko asmo argia baitu. Izan ere, araudi hori EAE osora zabaltzen da, eta pertsona askorentzat berritasun bat izango da. Honela dio: «Lurralde historikoetako foru-organismoek, beren eskumenak baliatuz, egokitu egingo dituzte beren zerga-arauek lege honetan erregulatutako instituzioetara».

Administrazio-organismo horien erantzukizuna izango da zergei buruzko foru-arauek eguneratzea eta arau horiek guztiak bateratzea, erakunde zibilei eta horiek aplikatzen dituzten herritarren egintzei dagokienez; jarduketara horien trataera eta kostu fiskala oso alderdi garrantzitsua baita, eta interes handikoa pertsonentzat. Kostu ekonomiko eta fiskal hori, arau zibil bat edo bestea aplikatzearen ondorioz, arau baten eraginkortasun soziala, gizartearen beharrei behar bezala erantzutea eta arau hori nola jaso eta onartu baloratzea ahalbidetuko digun adierazleetako bat ere bada. Arrazoi hori dela eta, euskal legegileak beharrezkotzat jotzen du egokitzapen hori, euskal sistema juridiko pribatuan aldaketa handia egon dela onartu delako eta EAE osoan eragin eta aplikazio handiagoa duelako.

Hiru Lurralde Historikoek legearen agindua bete dute:

- Gipuzkoan: azaroaren 14ko 4/2016 Foru Araua, Gipuzkoako Lurralde Historikoko tributu-sistema Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko ekainaren 25eko 5/2015 Legea egokitzekoa.
- Bizkaian: apirilaren 12ko 1/2017 Foru Araua, Bizkaiko Lurralde Historikoko tributu-sistema Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko 2015eko ekainaren 25eko 5/2015 Legea egokitzekoa.

- Araban: irailaren 20ko 18/2017 Foru Araua, Arabako Lurralde Historikoko tributu-sistema Euskal Zuzenbide Zibilar buruzko ekainaren 25eko 5/2015 Legea egokitzea.

8. Praxis soziala eta profesionala: Estatistikak

Lan honek oinarri duen arauen eragingarritasuna aztertzeko, beharrezkoa izango da euskal herritar eta eragile juridikoen erabileraren gaineko ikerketa egitea, azken hau legearen praktikotasunaren islada baita. Datu horiek ezagutzeak, aukera emango digu aurreko legeak erregulatutako oinordetza titulu desberdinen erabilpena ikusteko. Hau da, 3/1992 Legeak, Euskal Herriko Zuzenbide Zibil Foralari buruzkoak, euskal zuzenbide zibilean onartuak dauden oinordetza tituluen artean desoreka handia erakusten du. Estadistiken irakurketa soil bat nahiko da argitzeko EAEko lurralde eta biztanleria osoan finkatzeko, ondorengotza-erakundeek egin beharko duten lan teorikoa eta praktikoa eta gizarte-hedapena. Eskuarlean ditugun estatistikak Espainiako Notario Elkargoen indize informatizatuan oinarrituak⁴⁶ daude:

Testamentu irekiak:

	BIZKAIA	GIPUZKOA	ARABA
2014	16.342	10.526	4.428
2015	15.936	11.071	4.499
2016	18.154	13.149	5.023
2017	19.399	13.186	5.400
2018	18.571	12.752	5.120

⁴⁶ Índice único Notarial. www.notariado.org (Azkeneko kontsulta 2020ko maiatzaren 4an).

Testamentu mankomunatuak:

	ESTATUA	BIZKAIA	GIPUZKOA	ARABA
2014	8.493	43	5	2
2015	7.898	42	24	10
2016	7.916	51	111	24
2017	8.536	66	139	14

Oinordetza-itunak:

	ESTATUA	BIZKAIA	GIPUZKOA	ARABA
2014	7.115	35	0	0
2015	7.709	43	0	5
2016	16.282	55	46	47
2017	17.997	166	90	70

Ab intestato legezko oinordetza:

	2014	2015	2016	2017	2018
ESTATUA	65.980	73.567	79.828	83.841	86.951
BIZKAIA	2.020	2.256	2.740	2.895	2.898

Ondorioak nabarmenak dira. EAEko eragile juridikoek eta herritarrek egungo araudiak eskaintzen dizkigun oinordetza-tituluen erabilera-aren inguruko azterketak agerian uzten du EAEko oinordetza testamenezkoa dela, oinordetza-itunak gutxinaka-gutxinaka hazten ari direla eta testamenturik gabeko oinordetza, hots, ab intestato oinordetza, subsidarioa dela.

Alde batetik, pertsona bakoitzak bere borondatea, oinordetza-tituluan isladatzen du eta hori notarioaren aurrean emandako dokumentu publiko batean idatzita jasotzeak segurtasun juridikoa ahalbidetzen dio, modu horretan, irtenbide subsidiario gisa geratzen den testamenturik gabeko oinordetza saihestuz. Beste alde batetik, oinordetza-itunetan jasotako borondatea, euskal herritarrek adierazitako testamentu-borondateen artean pixkanaka agertzen ari dela esan dezakegu. Hala ere, EAE osora hedatu den oinordekoa izendatzeko eta ondarea banatzeko aukera horrek denbora beharko du, oraindik ere, bere abantaila zibil eta fiskal guztiak aitortu eta aintzat hartzeko, hots, bere erabilera handitzeko.

Helburu horrekin, profesional juridikoentzat prestakuntza praktikoko ikastaroak antolatzen dira, euskal legegileak onartutako araudi berria aztertzeko eta herritarrek ezagutu eta praktikan aplikatu dezaten errazteko. AVD-ZEAK, Abokatutzaren eta Notariotzaren laguntzarekin, ikastaro eta ikasketa-jardunaldi hauek antolatzen ditu, eta honako hauek nabarmentzen ditu bere programetan:

«2015. urtean ezarri zen Zuzenbide zibil beregaina EAEn. Horrek errotik aldatu zituen bertakoen igurikimenak, familia eta oinordetzaren gaineko harreman juridikoak antolatzeko orduan. Hortaz, behar-beharrezkoa da jardule juridikoentzat lege-testu berrien ezagutza eta erabilera praktikoa. Oraingo honetan Zuzenbidearen Euskal Akademiak eta Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsuak, Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestuaren, Deustuko Unibertsitatearen, Euskal Herriko erregistratzaileen eta „Pedro Ibarreche“ Praktika Juridikoaren Eskolaren laguntzaz, ahalegin biziak egin dituzte Euskal zuzenbide zibilaren ikastaro praktikoa antolatzeko. Ikastaroa EAeko jardule juridikoei zuzenduta dago eta araubide berriaren alorretan segurtasun osoz jarduteko ezaupideak eta teknika erakustea du helburu».

Labur esanda, beharrezkoa da Lege berria eta testamentu-borondatea adierazteko aukera berriak euskal herritarren artean zabaltzea, azken hauek abantailen berri izan dezaten; orduantxe lortuko baita eskuartean dugun LDCV-ZZELren erabilera eta eraginkortasun sozial handiagoa.

V. GOGOETA ETA ONDORIOAK

LEHENENGOA.- Arau juridikoak botere legegilearen bidez onartzen dira eta gizarteari zuzentzen zaizkio, gizartearen eskaerei eta premiei erantzuteko, haiek erabiltzeko, aplikatzeko eta betetzeko, eta haien eraginkortasun soziala lortzeko.

BIGARRENA.- Legegintza-jarduerak, gizartearen eskaerei eta premiei erantzuteko borondatearekin dihardu, eta horretarako, baliozkoak diren eta betepen eta aplikazioaren bitartez herritarrengandik ondo hartzen diren arau juridikoak onartzen ditu.

HIRUGARRENA.- Euskal gizarteak, XXI. mendeko gizarte batentzako foru arau zibila eguneratzea eskatzen zuen. Horretarako, kontuan hartu beharra zegoen, pertsonak, familiak, harreman ekonomikoek eta enpresek beren ezaugarriak aldatu zituztela eta iada ez zetoze la foru-testu zaharrak eta ordurarte indarrean egon ziren lege-garapenek inspiratu zituzten balio eta printzipioekin bat. Legegileak, araudi berriaren bitartez, egungo familia- eta gizarte-premia berri horiei erantzunak ematea bilatu du.

LAUGARRENA.- Eusko Legebiltzarrak, Euskal Zuzenbide Zibila eguneratzean, bere gain hartu du gizarte premia horri erantzuteko duen erantzukizuna eta legegintza-eskumena, hura kontserbatzeko, aldatzeko eta garatzeko konstituzio- eta estatutu-ahalmenaren babesean.

BOSGARRENA.- Askatasun zibilaren printzipioa, araudian islatzen da eta ondarea eta oinordetza antolatzeke orduan, partikularrari erabakiak hartzeke askatasun handiagoa ematen dio.

SEIGARRENA.- Euskal auzotasun zibil berriari esker, EAEko herritar guztiek harreman juridiko pribatuen sistema erkidea erabili ahal izango dute, aukeratzeko askatasun handiagoa duena eta beren borondatean muga gutxiago ezartzen dituen.

ZAZPIGARRENA.- LDCV-ZZEL onartu arteko Espainiako Notario Elkargoen indize informatizatuan oinarrituako estatistikak aztertu ondoren, agerian geratzen da arau zibilaren gainen bai profesionalek eta baita herritarrek egindako erabilera; gehienbat testamentuzko oinordetza erabili izan dutela, oinordetza-itunen gain egon den eragin txikia nabarmena bada ere eta ab intestato legezko oinordetzaren izaera subsidiarioa baztertu gabe.

Modu horretan, arauketa berriak aukera ematen die EAEko herritar guztiei testamentu mankomunatuaren, testamentu-ahalordeen edo oinordetza-itunen bidez oinordetza antolatzeke, senipartea murriztagoa eta kolektiboagoa izanik, besteak baztertzeko ahalmenaren bidez oinordetza hautatzeko aukera ematen duena, eta arau zibil berri horiei egokitutako zerga-araudia izanik. Beraz, aztertutako datuei erreferentzia eginenez, jardun juridikoen eta euskal hiritarrek, gero eta gehiago erabiltzen dutela ikus daiteke.

ZORTZIGARRENA.- Hau guztion konpromisoa izan behar da. Proposamen egokia litzateke, Eusko Legebiltzarrak onartu eta 2015eko urriaren 3az geroztik indarrean eta EAEko herritar guztien eskura dagoen arau juridiko berria gizarte osoak ezagutzea, hartzea eta aplikatzea. Modu horretan, bere beharrei eguneroko jardunean eskaintzen dizkien tresnak eta aukerak erabiliz erantzuteko.

BEDERATZIGARRENA.- Ildo horretan, erakunde publikoen, erakunde profesionalen eta, batez ere, operadore juridikoen beren gain hartu behar dute araua hedatzeko, gizarteratzeko eta gizartearen zabalteko konpromisoa. Horiek guztiek sistema berria hartu behar dute, eta beren jar-

dun-eremua osatzen duten pertsona, familia eta enpresen eskura jarri behar dute, beren behar juridikoei erantzunak eta konponbideak emateko eta harreman pertsonal eta ondarezko harreman pribatuak antolatzeko. Helburua hauxe da: onartutako arau juridikoaren existentzia, baliozkotasuna eta erabilera normalizatzea da, egungo euskal gizartearen beharretara egokitu ondoren lege horrek eskaintzen dituen mekanismo eta tresna juridikoak finkatzeko.

HAMARGARRENA.– Jardun eta konpromiso horiek, beren garapen eta *praxis*-a aurrera eramateko denbora behar da eta hare beharrezkoagoa izango da pertsonen harreman pribatuak antolatzen dituen Zuzenbide Pribatuan. Azkenik, estatistika-adierazleen kontraste soziologiko eta ekonomikoa ere kontuan izan beharko da, legegintza-jardunak lortu duen gizarte-eraginkortasunari buruz balorazioak egin, iritzia emateko eta antzinamenduak proposatzeko aspaldikoa den baina bizi-bizirik dagoen Euskal Zuzenbide Zibilaren esparruan.

VI. BIBLIOGRAFIA ETA ITURRIAK

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. «Del ámbito de aplicación de la Ley Civil Vasca (Artículos 8 a II). Ámbito de aplicación territorial y personal de la ley 5/2015: Normas de conflicto y vecindad civil vasca», in URRUTIA BADIOLA, Andrés María (koord.) *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco Comentarios breves texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia, Dykinson, Bilbo, 2016, 33-39. orr.

CELAYA IBARRA, Adrián. «En torno al Fuero y al Derecho Foral», *Selección de Estudios Jurídicos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, 349.-367. orr.

«El Derecho civil y los juristas vascos. Necesidad de crear una Sección de Derecho civil». *Boletín de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia Aldizkaria*, 2003, 1.zk., 42-53. orr.

«Hacia una ley civil vasca, Jornada hacia la primera Ley civil vasca». *Boletín de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, número extraordinario 4, 2007ko ekaina, ez ohiko 4. zk., 13-32. orr.

COTTERRELL, Roger. «Cumplimiento e invocación del Derecho», *Introducción a la Sociología del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1991, 209. or. eta hurrengoak.

DELGADO ECHEVERRIA, Jesús. *Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2006, 29. zk., 196-218. orr.

DI LUCIA. *Agire secondo una norma, agire per una norma, agire in funzione di una norma* COMANDUCCI, Paolo eta GUASTINI, Riccardo (koord.) *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giapichelli ed., 1996.

GOIKOETXEA OLEAGA, LORENZO. «La función social de la propiedad y los principios patrimoniales del Derecho Civil Vasco», in URRUTIA BADIOLA, Andrés María (koord.). *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Eusko Legebiltzarra, RSBAP-EAE, Vitoria-Gasteiz, 2016, 239-271. orr.

«De los derechos troncales de adquisición preferente (Artículos 72 a 82)», in URRUTIA BADIOLA Andrés María (koord.). *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco Comentarios breves texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia, Dykinson, Bilbao, 2016, 105-116. orr.

GOROSTIZA VICENTE, José Miguel. «De la Troncalidad en Bizkaia, Aramaio y Llodio. Disposiciones generales (Artículos 61 a 71)», in URRUTIA BADIOLA Andrés María (koord.). *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco Comentarios breves texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia, Dykinson, Bilbao, 2016, 97-103. orr.

NAVARRO, Pablo Eugenio. *La eficacia del derecho. Una investigación sobre la existencia y el funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

ORIBE MENDIZABAL, Alkain. «Las Parejas de Hecho tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco», in URRUTIA BADIOLA,

Andrés María (koord.). *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Eusko Legebiltzarra, RSBAP-EAE, Vitoria-Gasteiz, 2016, 485-504. orr.

OST, François eta VAN DE KERCHOVE, Michel. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

PARAMIO JUNQUERA, Nieves eta Piñol Olaeta, Elixabete. «Disposiciones Adicionales, Transitorias, Derogativas y Final», in URRUTIA BADIOLA, Andrés María (koord.) *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco Comentarios breves texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia, Dykinson, Bilbo, 2016, 219-237. orr.

ROBLES, Gregorio. *Teoría del Derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del Derecho*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2015, vol. II.

RUSSO, E. *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino: Giappichelli ed., 2000.

«Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponible, norma dispositiva, norma suppletiva», *Rivista di Diritto civile*, XLVII, iraila-urria, 2001, 573-600. orr.

TEJERIA OTERMIN, Bakartxo. «Inagurazio hitzaldia», *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Eusko Legebiltzarra, RSBAP-EAE, Vitoria-Gasteiz, 2016, 27-30. orr.

URKULLU RENTERIA, Iñigo. «Inagurazio hitzaldia» *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Eusko Legebiltzarra, RSBAP-EAE, Vitoria-Gasteiz, 2016, 31-35. orr.

URRUTIA BADIOLA, Andrés María. «La sucesión mortis causa en general en la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco y los testamentos en particular», *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Eusko Legebiltzarra, RSBAP-EAE, Vitoria-Gasteiz, 2016, 303-341. orr.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Panorama del Derecho de Sucesiones*. I Fundamentos. Madrid: Editorial Civitas, 1982, I. liburukia.

Panorama del Derecho de Sucesiones. II Perspectiva dinámica. Madrid: Editorial Civitas, 1982, II. liburukia.

JURISPRUDENTZIA ERANSKINA

1. Auzitegi Gorena

- Auzitegi Gorenaren Epaia, 111/2010 zk., martxoaren 11koa.

2. EAeko Justizia Auzitegi Nagusia

- EAeko Justizia Auzitegi Nagusiaren Epaia, 12/2017 zk., azaroaren 4koa.
- EAeko Justizia Auzitegi Nagusiaren Epaia, 8/2018 zk., abenduaren 10ekoa.

3. Probintzia Auzitegia

- Bizkaiko Probintzia Auzitegiko Epaia, (Bosgarren sekzioa) 103/2019 zk., apirilaren 12koa.
- Gipuzkoako Probintzia Auzitegiko Epaia, (Bigarren Sekzioa) 384/2019 zk., maiatzaren 15ekoa.

4. Erregistroen eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusia

- Erregistroen eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren 2016ko urriaren 6ko ebazpena.
- Erregistroen eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren 2017ko ekainaren 12ko ebazpena.
- Erregistroen eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren 2017ko uztailaren 12ko ebazpena.
- Erregistroen eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren 2018ko uztailaren 5eko ebazpena.

- Erregistroen eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren 2018ko abenduaren 20ko ebazpena.
- Erregistroen eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren 2019ko abenduaren 18ko ebazpena.

ARAU-ERANSKINA

- 1889ko uztailaren 24ko Espainiako Kode Zibila.
- 1978ko abenduaren 29ko Espainiako Konstituzioa.
- 1979ko abenduaren 19ko Euskal Herriko Autonomia Estatutua.
- Euskal Herriko Foru-Zuzenbide Zibilari buruzko uztailaren 1eko 3/1992 Legea.
- Izatezko Bikoteak arautzen dituen maiatzaren 7ko 2/2003 Legea.
- Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko ekainaren 25eko 5/2015 Legea.

La subrogación de derechos y obligaciones tributarias y la imputación de rentas en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad*

ÁLVARO IZAGUIRRE SALGADO

Graduado en Derecho y Administración y
Dirección de Empresas por la Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitateko Zuzenbideko eta
Enpresen Administrazioa eta Zuzendaritzako gradudun bikoitza

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 17/11/2020

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 5/07/2022

Resumen: En el presente trabajo se analizan determinadas diferencias que han venido existiendo entre el Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea (en adelante, régimen fiscal especial de reestructuraciones empresariales) aplicable en territorio común y el que se aplica en territorio foral, en el marco del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS).

*Trabajo premiado en la V Edición del “Premio Adrián Celaya para Jóvenes Juristas”, otorgado por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, en 2020.

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia
ISSN: 2173-9102
DL./L.G.: BI-1677-03

Ilustre Colegio Notarial del País Vasco
Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestua
Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua
Boletín *JADO*. Bilbao. Año XVII. Nº 30. Enero-Diciembre, 2022, pp. 301-363
JADO Aldizkaria. Bilbo. XVII. urtea. 30 zk. 2022, Urtarrila-Abendua, 301-363 or.

El objetivo del estudio es exponer las diferencias entre la normativa fiscal común y foral en lo relativo al régimen especificado, restringiéndose dentro del mismo a la subrogación en las bases imponibles negativas (en adelante, BINs) y a la imputación de rentas; explicar el desarrollo reciente de la legislación mercantil relativa a ambos asuntos y cómo se ha trasladado a la normativa tributaria común y foral y establecer los criterios que se toman para solventar las diferencias entre ambos regímenes.

Palabras clave: imputación de rentas; escisiones parciales; aportaciones no dinerarias; ramas de actividad.

Tributuzko eskubide eta betebeharretan subrogatzea eta errentak egozte, zatiketa partzialetan eta jarduera-adarraren diruz besteko ekarpenetan

Laburpena: Lan honetan lurralde erkideko eta foru-lurraldeetako arauketa arteko aldeak aztertuko dira araubide berezi jakin batean, hots, bat-egite, zatiketa, aktiboek ekarpena, baloreen trukea eta Europako Sozietate nahiz Europako Sozietate Kooperatibaren sozietate-egoitza aldatzeko araubide berezia. Araubide berezi hori Sozietateen gaineko Zergan arautu da.

Idazlan honen helburua da lurralde erkideko eta foru-lurraldeetako arauketa fiskalen arteko aldeak azaltzea aipatu araubide bereziari dagokionez. Nolanahi den ere, araubide horretan zerga-oinarri negatiboek subrogazioa eta errenten egozketa soilik aztertuko dira. Halaber, bi gai horiei buruz merkataritzako legeek garatu berri dutena azalduko da, baita garapen hori nola islatu den lurralde erkideko eta foru-lurraldeetako tributu-arauetan ere. Azkenik, araubide horien arteko ezberdintasunak konpontzeko irizpideak ezarri nahi dira.

Gako-hitzak: errentak egozte; zatiketa partziala; diruz besteko ekarpena; jardue-
ra-adarrak.

The subrogation of tax rights and obligations and the imputation of income in partial divisions and non-monetary contributions of the branch of exercise

Abstract: This paper analyzes certain differences that have come existing between the special regime for mergers, divisions, contributions of assets, exchange of securities and change of registered office of a European Company or a European Cooperative Society from one Member State to another of the Union European (hereinafter, special tax regime for corporate restructuring) applicable in common territory and the one that applies in foral territory, within the framework of the Corporate Tax (hereinafter, IS).

The objective of the study is to expose the differences between the common tax regulations and foral in relation to the specified regime, restricting within it to the subrogation in negative tax bases (hereinafter, BINs) and imputation income; explain the recent development of commercial law relating to both issues and how it has been transferred to the common and foral tax regulations and establish the criteria that are taken to solve the differences between both regimes.

Key words: income imputation; partial excisions; non-monetary contributions; -branches of activity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. SÍNTESIS DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES; III. DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN COMÚN Y FORAL EN LO REFERENTE A LA TRANSMISIÓN DE BIENES: 1. Situación anterior a la LME (anterior a 2009); 2. Periodo posterior a la LME y anterior a la LIS (2009-2015); 3. Periodo posterior a la LIS (2015-2019); 4. Novedades y Proyectos normativos (año 2020); IV. DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN COMÚN Y FORAL EN LO REFERENTE A LA IMPUTACIÓN DE RENTAS: 1. Situación anterior a la LIS (hasta 2014 inclusive); 2. Periodo posterior a la LIS (a partir de 2015); 3. Novedades y Proyectos Normativos (2020); V. CONCLUSIONES; VI. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS; ANEXOS.

ABREVIATURAS

[en orden alfabético]

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
Anteproyecto	ANTEPROYECTO DE NORMA FORAL _____/2020 de ____ de _____ de transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, de la Directiva (UE) 2016/1164 del consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior y de la Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea.
Antigua LIS	Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.
Antigua NFISB	Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades.
Antiguas NFISs	Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades. Norma Foral 24/1996, de 5 de julio, de Las Juntas Generales De Álava, del Impuesto sobre Sociedades. Norma Foral 24/1996, de 5 de julio, de Las Juntas Generales De Álava. Colectivamente.

BI	Base Imponible
BINs	Bases Imponibles Negativas
Concierto Económico	Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.
DGT	Dirección General de Tributos
EP	Establecimiento Permanente
HFB	Hacienda Foral de Bizkaia
HHFF	Haciendas Forales
IIVTNU	Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
ITPAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
MATEPSS	Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social
NFISB	Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre de 2013, del Impuesto Sobre Sociedades
NFISG	Norma Foral 2/2014, de 17 de enero, del Territorio Histórico de Gipuzkoa, del Impuesto sobre Sociedades
NFISs	Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre de 2013, del Impuesto Sobre Sociedades. Norma Foral 2/2014, de 17 de enero, del Territorio Histórico de Gipuzkoa, del Impuesto sobre Sociedades. Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Colectivamente.
OS	Operaciones Societarias
PGC	Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
Régimen fiscal especial de reestructuraciones empresariales	Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea

RM	Registro Mercantil
SS	Seguridad Social
TRLIS	Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

I. INTRODUCCIÓN

En este escrito se tratan determinadas diferencias que han venido existiendo entre el Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea (en adelante, régimen fiscal especial de reestructuraciones empresariales) aplicable en territorio común y el que se aplica en territorio foral, en el marco del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS).

El objetivo del trabajo es exponer las diferencias entre la normativa fiscal común y foral en lo relativo al régimen especificado, restringiéndose dentro del mismo a la subrogación en las bases imponibles negativas (en adelante, BINs) y a la imputación de rentas; explicar el desarrollo reciente de la legislación mercantil relativa a ambos asuntos y cómo se ha trasladado a la normativa tributaria común y foral y establecer los criterios que se toman para solventar las diferencias entre ambos regímenes.

El tema es de relevancia (pese a que se encuentre parcialmente solventado) en tanto que, como se verá, las diferencias no son menores, y provocan cierta inseguridad jurídica, al actuar en ocasiones como barrera en las operaciones que impliquen la potencial aplicación de ambas normativas, foral y común, cuando intervienen sendas sociedades residentes en ambos territorios, y en tanto que afectan a la transmisión de BINs y a la imputación de rentas por mor de la retroacción contable y fiscal. Durante la elaboración de este trabajo se han llevado a cabo modificaciones al respecto y hay otra en fase de Anteproyecto, serán debidamente comentadas. Otra parte de su interés radica en que confluyen conceptos fiscales y mercantiles al ser este régimen el aplicable a operaciones de reestructuración y reorganización empresarial.

La aproximación elegida comienza por introducir el tema, tras ello, explica, desarrollo legislativo incluido, las diferencias entre el régimen común

y foral respecto de la transmisión de BINs, cerrándose esta primera parte mencionando cómo se han venido solucionando las discrepancias por la vía de hecho, las implicaciones del sistema y las novedades legislativas.

En la sección siguiente se explicarán las diferencias respecto de la retroacción contable y fiscal con referencias a la legislación mercantil anterior y actual y se finalizará de nuevo con las soluciones empleadas por la vía de hecho, sus implicaciones y las novedades al respecto. En ambos casos se incluirán consultas tributarias que muestren efectivamente los criterios de las diversas administraciones tributarias concernidas.

II. SÍNTESIS DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES.

Las reestructuraciones societarias tienen impactos sobre diferentes impuestos, como son el IS o el impuesto sobre la renta de las personas físicas (en adelante, IRPF), en tanto que puede haber una transmisión de patrimonio entre una sociedad y otra con plusvalías, teniendo también impacto entre los eventuales socios personas físicas, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (en adelante, ITPAJD) en la modalidad de operaciones societarias (en adelante, OS) al existir, valga la redundancia, una operación societaria. Por otra parte, si la transmitente es una empresa también puede afectar al impuesto sobre el valor añadido (en adelante, IVA) en tanto que la empresa puede transmitir un conjunto de bienes, por último, también puede afectar al impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (en adelante, IIVTNU), si se transmiten inmuebles urbanos en el seno de la operación¹.

¹ ALGUACIL MARÍ, Pilar. “Fiscalidad de la fusión y de otras modificaciones estructurales” en CANO ORTEGA, Cristina (Coord). Integración Y Concentración De Empresas Agroalimentarias. Madrid: Ed. Dykinson, 2018, pp. 623-639.

El escrito tiene como objetivo explicar las diferencias más relevantes que se presentan entre el Régimen Fiscal Especial de Reestructuraciones Empresariales en la normativa del IS de territorio común y en la de los territorios forales. Esto es así porque de los mencionados, el IRPE, el IS y el IITVNU son tributos concertados de normativa autónoma, mientras que tanto ITPAJD en lo referido a letras de cambio y OS como el IVA son tributos concertados de normativa común, por lo que en estos dos últimos no habrá diferencias significativas².

Las diferencias más relevantes entre los regímenes forales y común, como se verá, surgen, en las aportaciones no dinerarias de rama de actividad y en las escisiones parciales.

Antes de continuar resulta conveniente delimitar el concepto mercantil y doctrinal de operación de reestructuración o reorganización empresarial, quedarán en él comprendidas las decisiones que impliquen una alteración sustancial del contrato de sociedad al afectar a la organización patrimonial o personal de la misma³. De esta forma la diferencia entre estas acciones y la modificación de estatutos es que en el último caso se modifica el marco estatutario interno que regula la sociedad, mientras que en el primero se da un cambio en la estructura de la sociedad.

En una operación de reestructuración hay una transmisión de patrimonios y ello puede implicar la afloración de plusvalías si el valor de lo recibido (las acciones o participaciones tras la operación) es mayor al de lo entregado (que en este caso se corresponderá con lo entregado para adquirir la participación principal), lo cual no es algo extraño ya que la

² ATXABAL RADA, Alberto y GARCÍA ROSS, José Javier. “Derecho Financiero y Tributario Foral Vasco”. Bilbao: Ed. Gomylex, 2017, pp. 95-105.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. “Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades” en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO FERNÁNDEZ, Ángel (Dirs.). *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I*. 15ª Edición. Navarra: Ed. Civitatis, 2017, pp. 561-562.

Ley de Sociedades de Capital⁴, en su artículo 274 obliga a crear una reserva legal, lo que aumentará el valor de su patrimonio neto a lo largo del tiempo. La existencia de esta reserva implica que parte de los beneficios de la empresa no son distribuibles por lo que al quedarse en ella su valor aumenta, este aumento de valor de la quedará reflejado en la operación de forma que se pondrán de manifiesto rentas que deberán ser declaradas en el impuesto correspondiente, que a los efectos de este escrito será el IS.

El régimen fiscal especial de reestructuraciones empresariales proviene de normativa europea, concretamente de la Directiva 90/434/CEE⁵, cuya premisa la neutralidad fiscal de las operaciones de reorganización empresarial, es más, tras la última reforma de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades⁶ (en adelante, LIS) en este tipo de operaciones ha pasado de ser el régimen por defecto, sin ser necesaria la opción para su aplicación, tal y como sucedía tanto en el anterior Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades⁷ (en adelante, TRLIS) como en la anterior Ley 43/95 sobre el Impuesto de Sociedades⁸ (en adelante,

⁴ Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado, de 03 de julio de 2010, n° 161.

⁵ Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. Diario Oficial n° L 225 de 20 de agosto de 1990 pp. 0001 – 0005.

⁶ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial del Estado, de 28 de noviembre 2014, n° 288.

⁷ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial del Estado, 11 de marzo de 2004, n° 61.

⁸ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial del Estado, de 28 de diciembre de 1995, n° 310.

antigua LIS). En la normativa del IS foral sigue siendo necesario ejercitar la opción por este régimen para que se aplique, este aspecto no ha sido modificado en las novedades legislativas que serán referidas en párrafos posteriores. El objetivo que subyace es que la fiscalidad no actúe como adalid ni como impedimento a la reestructuración, por ello la normativa del IS (tanto la LIS como normativa foral) exige para la aplicación de este régimen que la motivación no sea fiscal, sino económica, de forma que las reorganizaciones que persigan principalmente ahorros o ventajas fiscales no podrán acogerse a este régimen. La herramienta que usa la normativa del IS es la valoración de la contraprestación obtenida por el mismo importe de lo entregado, de esta forma se difiere la tributación que resultaría de la potencial aparición de rentas que suponen las modificaciones estructurales hasta el momento en el que, con posterioridad a la operación, se transmitan las participaciones.

Aquel socio que adquirió participaciones por un precio determinado no deberá tributar en el momento de la reorganización por la diferencia entre lo aportado y lo recibido, sino que más adelante, en el momento en el que transmita su inversión, eso sí, la renta por la que deberá tributar será la que resulte de la diferencia entre lo recibido y el coste de adquisición de su inversión inicial, de lo contrario no sería un diferimiento, sino que una suerte de exención. La consecuencia más relevante es que el socio que pretenda mantenerse en el capital de la compañía y seguir percibiendo dividendos (cabría esperar que éstos fueran mayores tras una operación de reestructuración por el efecto de las sinergias) podrá hacerlo sin tener que llevar a cabo desembolso fiscal alguno por el incremento patente de su patrimonio.

Se ha de precisar que el escrito no va a tratar de cuándo una operación de reorganización puede acogerse al régimen de neutralidad en uno u otro régimen, su objetivo es explicar las diferencias en la transmisión de BINs e imputación de rentas entre uno y otro régimen.

III. DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN COMÚN Y FORAL EN LO REFERENTE A LA TRANSMISIÓN DE BINS

De forma similar a lo que se hará con el segundo elemento a examinar en este escrito, se llevará a cabo el análisis atendiendo a diversos momentos de tiempo para entender la progresión y tener una mejor visión de la situación actual. Los periodos serán, el anterior a la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles⁹ (en adelante LME) (hasta 2008), el comprendido entre la LME y la LIS (2009-2015) y el periodo post-LIS (2015-2019), acompañado este último de un apartado de novedades legislativas.

1. Situación anterior a la LME (anterior a 2009)

Para comenzar se debe aclarar que en este periodo, el anterior a 2009, estuvieron vigentes diversas normativas estatales sobre el IS, pero en todas ellas la regulación que concierne a este estudio no cambió, por lo que no se le dará mayor importancia. En esta época la regulación relativa a la transmisión de BINs vía artículo 104, en la antigua LIS, 90 TRLIS y 97 en la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades de 1996 vizcaína¹⁰ (en adelante antigua, NFISB), guipuzcoana¹¹ y alavesa¹² (en adelante, colectivamente, las antiguas NFISs) era igual, se reproducirá a continuación.

⁹ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Boletín Oficial del Estado, de 4 de abril de 2009, n° 82.

¹⁰ Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial de Bizkaia, 11 de julio de 1996, n° 135

¹¹ Norma Foral 24/1996, de 5 de julio, de Las Juntas Generales De Álava, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava, 9 de agosto de 1996, n° 90

¹² Norma Foral 7/1996, de 4 de Julio, del Territorio Histórico De Gipuzkoa, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial de Gipuzkoa, 17 de julio de 1996, n° 133.

La subrogación de derechos y obligaciones tributarias y la imputación de rentas en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad

“Artículo 90. Subrogación en los derechos y las obligaciones tributarias (97 antiguas NFISs).

1. Cuando las operaciones mencionadas en el artículo 83 (90 antiguas, NFISs) determinen una sucesión a título universal, se transmitirán a la entidad adquirente los derechos y las obligaciones tributarias de la entidad transmitente.

La entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar en el goce de beneficios fiscales o consolidar los disfrutados por la entidad transmitente.

2. Cuando la sucesión no sea a título universal, la transmisión se producirá únicamente respecto de los derechos y obligaciones tributarias que se refieran a los bienes y derechos transmitidos.

La entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos derivados de los incentivos fiscales de la entidad transmitente, en cuanto que estuvieren referidos a los bienes y derechos transmitidos.

3. Las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente podrán ser compensadas por la entidad adquirente.

Cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente, o bien ambas formen parte de un grupo de sociedades al que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, la base imponible negativa susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondientes a dicha participación o las participaciones que las entidades del grupo tengan sobre la entidad transmitente, y su valor contable.

4. Las subrogaciones comprenderán exclusivamente los derechos y obligaciones nacidos al amparo de las leyes españolas”.

De esta forma la normativa del IS hacía depender la subrogación de derechos y obligaciones en general de si la transmisión era a título universal o no,

con un artículo específico relativo a las BINs. Esta transmisibilidad presenta-
ba limitaciones y matizaciones en el caso de operaciones dentro del grupo.

Con este articulado cabe interpretar que la transmisión de BINs se realiza siempre y en todo caso con independencia del tipo de transmisión, si bien en el caso de las sucesiones que no sean a título universal, aunque la ley no lo explicita, solo se transmitirían las BINs correspondientes a la parte transmitida, ya que las demás no le corresponderían.

Sin embargo, también cabe interpretar la correlación entre los apartados primero y segundo, y tercero de forma que solo cabe la transmisión de BINs en las sucesiones a título universal, de suerte que el apartado tercero solo vendría a explicitar la posibilidad de transmisión de BINs y no a permitirla para todos los casos.

En este punto se deberá acudir al derecho mercantil para entender las diferencias entre las sucesiones a título universal y a título particular, en concreto se recurrirá a Manuel González-Meneses y Segismundo Álvarez en su libro sobre las modificaciones estructurales¹³. De él se extrae que en el periodo anterior a la LME la fusión y la escisión total eran los dos únicos casos en los que se admitía la sucesión a título universal, y que llevaban aparejadas la extinción, mientras que la escisión parcial y la segregación provocaban sucesión a título particular. Esta situación tenía como base el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas¹⁴ (en adelante, LSA), que solo reconocía efectos de sucesión universal

¹³ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel, y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA Segismundo. “Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”. Madrid: Ed. Dykinson, 2011, pp. 223-230, 347-361

¹⁴ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Boletín Oficial del Estado, de 27 de diciembre de 1989, n.º 310, pp 40012-40034.

a la fusión, mientras que para la escisión total o parcial solo preveía la transmisión en bloque de patrimonio, sin hacer mención expresa al tipo de sucesión que se producía. No obstante, por la propia naturaleza de la operación, y por semejanza con la sucesión hereditaria con pluralidad de herederos, la doctrina atribuía también a la escisión total los efectos de sucesión universal. Por otra parte, al no implicar la escisión parcial la transmisión de todo el patrimonio, sino que de una parte de este que conforma una empresa, no se le daba el carácter de sucesión universal.

Hecha esta disquisición mercantil, de vuelta al mundo fiscal, resulta curioso que en un principio la Hacienda Foral de Bizkaia (en adelante, HFB) en una sucinta consulta se acogió a la primera interpretación del artículo 90 de la antigua NFISB y permitió la transmisión de BINs en una aportación de rama de actividad (operación en la que no se da la sucesión universal), sin mayor justificación que una remisión a la ley seguida de:

*“De conformidad con los preceptos anteriormente transcritos las bases im-
ponibles pendientes de compensación y que correspondan a la rama de activi-
dad que se transmite podrán ser compensadas por la sociedad adquirente”¹⁵.*

En el último párrafo, esta consulta da por bueno el criterio del resultado contable obtenido vía contabilidad analítica para imputar la parte de la BIN que corresponde a la rama de actividad aportada.

No obstante, en territorio foral se cambió rápidamente de parecer¹⁶ y las BINs dejaron de poder transmitirse en los casos de escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad. Por otra parte, la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) no siguió la primera línea de interpretación de la HFB y desde el principio inadmitió la transmisión de BINs en casos de escisiones parciales y de aportaciones de ra-

¹⁵ Consulta de 14 de marzo de 1997 de la Hacienda Foral de Bizkaia.

¹⁶ Consulta de 4 de mayo de 2004 de la Hacienda Foral de Álava.

mas de actividad, tal y como se desprende de diversas consultas de 1997¹⁷ y posteriores que mantienen la misma línea interpretativa¹⁸. En ellas la DGT se limita, de manera similar pero inversa a la inicialmente hecha por la HFB, a remitirse a la ley para acabar dirimiendo que las BINs solo pueden ser compensadas por la sociedad que las generó y que, al no conllevar la escisión parcial ni la aportación de rama de actividad la extinción de la sociedad que las creó, éstas no son transmisibles a la adquirente.

Una consulta de 2001 trata el tema en un caso de operaciones entre empresas del grupo, y contiene una argumentación más completa por parte de la DGT y dice:

“Por un lado, como corresponde a un impuesto subjetivo, el derecho a la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores, como el resto de los derechos y obligaciones derivados de la aplicación del impuesto, son titularidad del sujeto pasivo que es titular de la actividad en cuyo ejercicio se genera, no de dicha actividad, por lo que solo él, la sociedad dominante del grupo en este caso, podrá ejercerlo. La transmisión a un tercero de todas o alguna de las actividades realizadas, carentes en sí mismas de sustantividad propia como centro de imputación de derechos y obligaciones no entraña la transmisión de derecho alguno relacionado con ellas, salvo en los casos en los que excepcionalmente se contemple lo contrario, lo que tiene lugar en la normativa propia del régimen especial previsto en la LIS para las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. En el contexto de dichas operaciones la transmisión de actividades económicas supone también la del derecho a la compensación de bases imponibles solo cuando la entidad transmitente se extingue como consecuencia de dicha transmisión, tal y como resulta de lo dispuesto en los artículos 104 y 23 de la LIS en interpretación de este Centro Directivo,

¹⁷ Consulta n° 0049-97 de 16 de enero de 1997 de la DGT. Consulta n° 0542-97 de 24 de marzo de 1997 de la DGT. Consulta n° 0704-97 de 10 de abril de 1997 de la DGT.

¹⁸ Consulta n° 0042-03 de 25 de junio de 2003 de la DGT.

La subrogación de derechos y obligaciones tributarias y la imputación de rentas en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad

por lo que no se habrá producido cuando se realizan mediante aportaciones no dinerarias de ramas de actividad”¹⁹.

El raciocinio que soporta la respuesta a la consulta no presenta especial complejidad, el IS es un impuesto subjetivo y los derechos y obligaciones pertenecen a las sociedades, sujetos pasivos, que los generan, no a las ramas de actividad, que son los elementos objetivos que forman el ente subjetivo gravado por el IS. En consecuencia, las deducciones, las BINs y cualesquiera otros derechos y obligaciones tributarias lo serán del sujeto pasivo, no pudiendo atribuirse a la rama que la generó. Esta norma general permite una excepción, que la ley expresamente admita esa individualización y transmisión. Precisamente esto es lo que hace el artículo 104.2, permitir traspasar los derechos y obligaciones de las partes transmitidas.

Hasta ahí nada que objetar, las tiranteces comienzan cuando la DGT interpreta que la normativa fiscal no admite lo propio respecto de las BINs, es decir, que la excepción del 104.2 no es extensible a las BINs en aplicación de lo dispuesto en el 104.3. Esta interpretación resulta especialmente restrictiva e incluso forzada, ya que el artículo 104.3 explicita y limita la posibilidad de transmisión de BINs, pero estos límites en ningún caso hacen depender la transmisibilidad de que la sucesión sea o no a título universal, contraviniendo así el proverbio latino que reza “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”.

Llegados a este punto surge una cuestión relevante, la falta de jurisprudencia al respecto. Con una interpretación tan al límite de la ley, no habría sido extraño que el Tribunal Supremo hubiera conocido de esta disputa. La justificación de la falta de asuntos conocidos por parte del Tribunal Supremo puede deberse a la inseguridad jurídica y costes que ello supone. Al pensar en costes no debe pensarse solo en las costas, y en el desembolso que la no transmisibilidad de la BIN hubiera implicado en

¹⁹ Consulta n° 1211-01 de 20 de junio de 2001 de la DGT.

forma de liquidación oportuna, sino que también en sanciones e intereses. Se debería completar todo el procedimiento administrativo para acabar en un recurso contencioso-administrativo. Si la sentencia interpretara la normativa del IS en la forma que las administraciones lo hacían el coste sería elevado. Es esta posibilidad de pérdida la que presumiblemente justifica el que la jurisdicción no llegase a conocer de este asunto.

Dentro de este periodo anterior a la LME merece destacar una consulta de 2007²⁰ sobre una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social (en adelante MATEPSS) asociación que lleva a cabo las actividades de colaboración en la gestión de la Seguridad Social (en adelante SS) y servicios de prevención ajenos, desarrollándose estas de forma completamente diferente incluso desde el panorama contable y regulatorio, de hecho, se gestionan dos patrimonios, el de la SS y el de los empresarios. El Real Decreto 688/2005, de 10 de junio²¹, obligó a la separación de estas actividades. En el supuesto de hecho, esta separación se efectuó mediante la aportación de la rama de prevención a una sociedad de nueva creación y se pregunta si las BINs generadas por esa actividad son transmisibles.

La DGT comienza recordando el consabido principio de “no transmisión sin extinción”, añadiendo el explicado carácter subjetivo del impuesto que más adelante matiza en base a una resolución de la Intervención General de la Administración del Estado:

“Pese a que en las MATEPSS haya solo una personalidad jurídica se gestionan dos patrimonios independientes, uno de los empresarios mutua-

²⁰ Consulta nº 1941-07 de 9 de septiembre de 2007 de la DGT.

²¹ Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como servicio de prevención ajeno. Boletín Oficial del Estado, 11 de junio de 2005, nº 139, pp. 20073-20078.

La subrogación de derechos y obligaciones tributarias y la imputación de rentas en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad

listas y otro de la SS, estando afectos los resultados obtenidos de su gestión a cada uno de los que procede de forma independiente, lo que determina un reflejo contable separado y unas cuentas anuales igualmente separadas”²².

Estas cuentas no pueden compensarse entre sí por lo que la DGT estima que al tratarse de dos patrimonios radicalmente independientes cabe la transmisión de las BINs.

Antes de pasar a la siguiente fase temporal cabe destacar una serie de consultas²³ de la DGT que sí permiten la transmisión de BINs en casos de escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de establecimientos permanentes de sociedades no residentes (en adelante EP) radicados en España a sociedades residentes en España, con base en la mencionada directiva que sirve de base al régimen especial y siempre con base en que el EP desaparecerá y la BIN devendrá incompensable, lo que choca con la idea de la neutralidad.

La conclusión de esta primera fase es que las administraciones tributarias interpretaban que el artículo 90.3 o 97.3 dependía de los apartados primero y segundo, tratándolo de forma distinta a otros derechos fiscales (como por ejemplo las deducciones), de manera que solo cuando la persona jurídica generadora de las BINs se extinguiera podían transmitirse éstas. Como excepciones muy específicas, figuran la consulta DGT de 2007 sobre las MATEPSS y los casos de las transmisiones de BINs de EPs, en los que el

²² Resolución de 22 de diciembre de 1998, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública, aprobado por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 1994, a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado de 9 de enero de 1999, n° 8.

²³ Consulta n° 1942-98 de 16 de diciembre de 1998 de la DGT. Consulta n° 0680-00 de 23 de marzo de 2000 de la DGT. Consulta n° 1053-00 de 3 de mayo de 2000 de la DGT. Consulta n° 1696-00 de 4 de octubre de 2000 de la DGT. Consulta n° 1448-02 de 1 de octubre de 2002 de la DGT.

aprovechamiento de estas por parte de la adquirente se justificaba por la no vulneración de la neutralidad que inspira el régimen especial.

2. Periodo posterior a la LME y anterior a la LIS (2009-2015)

En lo que al objeto de este trabajo se refiere, las novedades más relevantes de la LME fueron los artículos 70 y 71, que se reproducen a continuación.

“Artículo 70. Escisión parcial.

- 1. Se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.*
- 2. Si la parte del patrimonio que se transmite en bloque está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspa.*

Artículo 71. Segregación.

Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias”.

Las novedades consistían así en que el artículo 70 otorgaba a la sucesión efectuada en las escisiones parciales el carácter de universal y en que el artículo 71.1 hacía lo propio con las segregaciones (en el régimen fiscal especial de reestructuraciones empresariales, aportaciones no dinerarias de rama de actividad).

De esta forma parecería que las administraciones tributarias deberían haber corregido su posición al respecto, admitiendo que en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad se pudieran transmitir las BINs, al tener la sucesión que se da en estas dos operaciones el carácter de universal. Pues bien, en contra de esta previsión, la DGT mantuvo su línea interpretativa de vincular la transmisión de BINs a la extinción, tal y como se desprende de dos consultas vinculantes, puesto que en ambas figura el literal que sigue “*es criterio de este Centro Directivo que en operaciones de escisión parcial, de aportación no dineraria de ramas de actividad o de aportación no dineraria especial, en las que no se produce la extinción de la entidad transmitente, no resulta transmisible a la entidad adquirente el derecho a la compensación de las bases imponibles negativas pendientes de aplicar*”²⁴.

Cabría argüir que una vez publicada la LME esta interpretación resulta restrictiva hasta tal punto que podría devenir “*contra legem*”. Esto es así porque el numeral primero establece que cuando se den sucesiones a título universal se transmitirán a la adquirente los derechos y obligaciones, no obstante, bajo la interpretación de las administraciones tributarias esta transmisión de derechos, si bien limitada a la rama de actividad transmitida, se estaba viendo significativamente limitada. Es más, en aplicación del argumentario visto en el apartado anterior de que la imputación de derechos a elementos objetivos solo es posible cuando la ley lo prevé, se deberían poder transmitir, los derechos, i.e., el derecho a compensar las

²⁴ Consulta Vinculante n° V2519-14 de 26 de septiembre de 2014 de la DGT. Consulta Vinculante n° V3284-14 de 9 de diciembre de 2014 de la DGT.

BINs en los casos en los que se diera sucesión a título universal, como en ese momento sucedía con las escisiones parciales y segregaciones.

En este lapso se aprobaron nuevas Normas Forales relativas al IS tanto en Vizcaya²⁵ (en adelante, NFISB) como en Álava²⁶ y Guipúzcoa²⁷ (en adelante, NFISG) (en adelante, colectivamente, las NFISs) aunque, el artículo, cuyo numeral era el 108, no sufrió cambios relevantes en lo que a lo que en este trabajo se refiere, por lo que no se copiará de nuevo.

Especialmente paradigmática del contrasentido tributario es la consulta evacuada en diciembre de 2014²⁸, i.e., tras la publicación de la LIS (conviene recordar que se publicó en el BOE el 28 de noviembre de 2014), cuyos efectos, vía Disposición Final Duodécima, comenzarían el 1 de enero de 2015 y se aplicaría a los ejercicios fiscales iniciados con posterioridad a esa fecha. De todas maneras, en las consultas²⁹ de este periodo también se respetó el criterio respecto de la transmisión de EPs.

3. Periodo posterior a la LIS (2015-2019)

Con la LIS se efectuaron cambios relevantes, además de la mencionada no necesidad de opción para la aplicación del régimen especial, que de hecho quedan reflejados en el quinto apartado del tercer capítulo de la exposición de motivos

²⁵ Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre de 2013, del Impuesto Sobre Sociedades. Boletín Oficial de Bizkaia, 13 de diciembre de 2013, n° 238.

²⁶ Norma Foral 2/2014, de 17 de enero, del Territorio Histórico de Gipuzkoa. del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial de Gipuzkoa de 22 de enero de 2014, n° 143.

²⁷ Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto Sobre Sociedades. Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava de 27 de diciembre de 2013, n° 148.

²⁸ Consulta Vinculante n° V3284-14 de 9 de diciembre de 2014 de la DGT.

²⁹ Consulta Vinculante n° V2215-14 de 8 de agosto de 2014 de la DGT.

La subrogación de derechos y obligaciones tributarias y la imputación de rentas en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad

“se establece expresamente la subrogación de la entidad adquirente en las bases imponibles negativas generadas por una rama de actividad, cuando la misma es objeto de transmisión por otra entidad, de manera que las bases imponibles acompañan a la actividad que las ha generado, cualquiera que sea el titular jurídico de la misma”.

Lo que se acaba de mencionar se plasma en el artículo 84 de la LIS:

“Artículo 84. Subrogación en los derechos y las obligaciones tributarias.

- 1. Cuando las operaciones mencionadas en el artículo 76 u 87 de esta Ley determinen una sucesión a título universal, se transmitirán a la entidad adquirente los derechos y obligaciones tributarias de la entidad transmitente. Cuando la sucesión no sea a título universal, se transmitirán a la entidad adquirente los derechos y obligaciones tributarias que se refieran a los bienes y derechos transmitidos. La entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar aplicando los beneficios fiscales o consolidar los aplicados por la entidad transmitente.*
- 2. Se transmitirán a la entidad adquirente las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente, siempre que se produzca alguna de las siguientes circunstancias:*
 - a) La extinción de la entidad transmitente.*
 - b) La transmisión de una rama de actividad cuyos resultados hayan generado bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente. En este caso, se transmitirán las bases imponibles negativas pendientes de compensación generadas por la rama de actividad transmitida.*

Cuando la entidad adquirente participe en el capital de la transmitente o bien ambas formen parte de un grupo de sociedades a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, la

La subrogación de derechos y obligaciones tributarias y la imputación de rentas en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad

base imponible negativa susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondiente a la participación o a las participaciones que las entidades del grupo tengan sobre la entidad transmitente, y su valor fiscal.

3. *Las subrogaciones comprenderán exclusivamente los derechos y obligaciones nacidos al amparo de las leyes españolas”.*

Como se puede comprobar, la LIS se adaptó al espíritu y literalidad de la LME y finalmente admitió la transmisión de BINs en los procesos de escisión parcial y aportación no dineraria de rama de actividad, de forma que no admitía interpretación en contrario, tal y como demuestra la consulta vinculante número V4141-15, cuyo extracto se reproduce a continuación:

“la entidad beneficiaria de la escisión se subroga en virtud del artículo 84.2.b) de la LIS en el derecho que tenía la entidad consultante escindida respecto de la compensación de bases imponibles negativas. En particular, la distribución del derecho de compensación entre las entidades beneficiarias de la escisión deberá realizarse en función de la actividad o actividades que las han generado³⁰”.

Se ve así que con la LIS se vuelve a la interpretación que hizo la HFB en 1997, es más, la referencia a la distribución de BINs según generación deberá basarse en algún método como puede ser la contabilidad analítica, imputación admitida también por la HFB en la mencionada consulta.

En lo que respecta a las Haciendas Forales (en adelante HHFF), al no haber consultas relativas a este respecto, se han efectuado comunicaciones, que se detallan en el anexo 1 para conocer el estado de la cuestión. El resultado de estas ha sido conocer que tanto el criterio como su justificación

³⁰ Consulta Vinculante n° V4141-15 de 28 de diciembre de 2015 de la DGT.

se mantuvieron (y se mantienen parcialmente, como se verá en el punto siguiente) (i.e., la no extinción de la sociedad que generó las BINs impide que puedan ser transmitidas), si bien es cierto que hay que admitir la eficacia limitada de las respuestas en él contenidas (las respuestas obtenidas deberán ser matizadas con las novedades legislativas que se comentarán).

Siendo esto así resulta que surge una disparidad de criterios entre las HHFF y la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante AEAT) en lo que respecta a la transmisión de BINs en los casos de aportación de rama de actividad y escisión parcial, lo que genera dudas sobre la solución jurídica que se le da al supuesto de hecho en el que en una escisión parcial o aportación de rama de actividad (en las fusiones y escisiones totales el régimen es igual, como se ha visto) a la sociedad transmitente y beneficiaria se les aplican regímenes distintos, en virtud de lo dispuesto por la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco³¹(en adelante Concierto Económico). La única resolución administrativa que se refiere a ello es la resolución R16/2018 de la Junta Arbitral del Concierto Económico que difícilmente resulta clarificadora al solamente disponer que *“debe aplicarse a cada una de las sociedades intervinientes la normativa del Impuesto sobre Sociedades, foral o común, a la que esté sujeta en ese momento”*³².

Conviene diferenciar dos situaciones diferentes en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad, aquella en la que a la transmitente se le aplica el régimen común y aquella en la que se le aplica el régimen foral:

³¹ Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco. Boletín Oficial del Estado de 24 de mayo de 2005, nº 124.

³² Resolución nº R 16/2018, no. Expediente 11/2015, de la Junta Arbitral Del Concierto Económico Con La Comunidad Autónoma Del País Vasco, de 17 de octubre de 2018.

1. En el primer caso, según la normativa común las BINs podrían transmitirse, pero esto no está permitido por las NFISs (tampoco lo estaba por las antiguas NFISs), de forma que las BINs quedarían en un limbo legal y ninguna entidad podría, a priori, hacer uso de ellas.
2. En el segundo caso se daría la situación inversa, en tanto que las HHFF interpretan que las BINs no pueden transmitirse, pero el régimen común sí, las BINs correspondientes a la entidad transmitida se duplicarían en la adquirente.

Se adjunta un ejemplo numérico en el anexo 2 para poder comprender las consecuencias prácticas. En ambas situaciones el resultado es completamente absurdo, por ello, la respuesta de la DFB contenida en el anexo 1 resulta especialmente reveladora, ya que establece el criterio de aplicar la norma de la entidad transmitente.

Cabe realizar dos apreciaciones al respecto, de un lado, la duda planteada es de entidad suficiente como para no necesitar una consulta expresa y de carácter personal, y de eficacia más que limitada, al respecto, es un criterio que debería figurar si no ya por Ley y Norma Foral, o directamente en el Concierto Económico, al menos entre los criterios consultables en las páginas web de las HHFF y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

De otro lado, el criterio puede ser perjudicial para las HHFF exactamente en la misma medida en la que puede ser beneficioso para la AEAT, puesto que, si la normativa de aplicación en un supuesto de escisión parcial o aportación no dineraria de rama de actividad es la de la entidad transmitente, respecto de las HHFF la situación sería la siguiente:

1. Si la escindida es sociedad foral, no se transmiten las BINs a la beneficiaria de territorio común, por lo que la situación es la misma que antes de la escisión.

2. Si la escindida es sociedad de territorio común, las BINs se transmitirían a la sociedad foral, por lo que respecto de las HHFF habría “nuevas” BINs, que por su parte habrían desaparecido del ámbito de la AEAT.

Se adjunta ejemplo numérico en el anexo 3 para ilustrar este perjuicio.

4. Novedades y Proyectos normativos (año 2020)

Durante la redacción de este escrito, se ha comenzado a tramitar el ANTEPROYECTO DE NORMA FORAL _____/2020 de _____ de _____ de transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, de la Directiva (UE) 2016/1164 del consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior y de la Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea³³ (en adelante Anteproyecto), el 10 de marzo de 2020 se publicaron los resultados de la fase de audiencia pública e información pública.

El objetivo fundamental de este Anteproyecto es incorporar a la NFISB las modificaciones introducidas por la mencionada Directiva, también conocida como DAC 6, que en esencia aumenta las obligaciones de información para con las administraciones tributarias que tienen los asesores fiscales. Dentro de esta Directiva ha sido polémico el concepto de “planificación fiscal agresiva”. Sea como fuere, en lo que al objeto de

³³ Se incluye Link por la dificultad de encontrarla. (Consultado el 15/4/2020)

<https://web.bizkaia.eus/es/procesos-participativos-elaboracion-normativa>

este trabajo concierne, el Anteproyecto recoge, una serie de reformas de carácter técnico, entre las que se encuentran, precisamente, las reformas relativas a la transmisión de BINs dentro del régimen especial, de forma que el artículo queda de la misma manera que en la LIS, solucionándose así los problemas en las transmisiones que impliquen normativa vizcaína y de territorio común.

En Álava, la Norma Foral 25/2019, de 20 de diciembre, de Medidas Tributarias de 2020³⁴, no ha contemplado medidas al respecto y tampoco hay anteproyectos de Norma Forales. Durante la redacción de este escrito el Territorio Histórico de Gipuzkoa ha estado desarrollando, y ha aprobado, la Norma Foral 1/2020, de 24 abril, por la que se introducen modificaciones tributarias relacionadas con la transposición de Directivas europeas y otras modificaciones de carácter técnico³⁵. La redacción de este texto normativo se inició tras la orden foral correspondiente de fecha 9 de octubre de 2019. Este segundo texto tiene unos objetivos semejantes a los del Anteproyecto, i.e., adaptarse a normativa europea. En su redacción inicial no se habían contemplado reformas del artículo 108.5, no obstante, una de las enmiendas parciales presentadas el 25 de marzo de 2020 por los Grupos Junteros Euskal Abertzaleak – Nacionalistas Vascos y Euskal Sozialistak – Socialistas Vascos, concretamente la número 11³⁶, sí contempla modificaciones consistentes en adaptar el régimen de transmisión de BINs de forma que quede igual que en la LIS y en el Anteproyecto de Vizcaya. Su aprobación ha dejado a Gipuzkoa con la misma regulación que la contenida en la LIS y en el Anteproyecto de Vizcaya que antes se ha mencionado.

³⁴ Norma Foral 25/2019, de 20 de diciembre, de Medidas Tributarias para 2020. Boletín Oficial de Álava de 30 de diciembre de 2019, n° 149.

³⁵ Norma Foral 1/2020, de 24 abril, por la que se introducen modificaciones tributarias relacionadas con la transposición de Directivas europeas y otras modificaciones de carácter técnico. Boletín Oficial de Gipuzkoa de 28 de abril de 2020, n° 78.

³⁶ Juntas Generales de Gipuzkoa. N° de entrada 1061. N° expediente 11/B/101/439.

Si el Anteproyecto de Vizcaya es aprobado (lo que es previsible), solo en las transmisiones que impliquen normativa alavesa y común, subsistirán los problemas indicados. Pero además surgirá una complicación que antes no se daba en los casos de transmisiones intra País Vasco que impliquen normativa guipuzcoana o vizcaína, de un lado, y alavesa de otro. Por su parte, las transmisiones que impliquen normativa vizcaína y guipuzcoana se llevarán a cabo de forma diferente a la anterior, pero serán pacíficas al ser normativas simétricas. Cabe esperar no obstante que la Hacienda Foral de Álava se una finalmente a lo que se pretende aprobar en Vizcaya y Guipúzcoa, de tal forma que exista, desde el propio ejercicio 2020, una homogeneización total de las normativas de los territorios históricos forales vascos con la normativa aplicable en territorio común ya desde el año 2015.

IV. DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN COMÚN Y FORAL EN LO REFERENTE A LA IMPUTACIÓN DE RENTAS

En este punto se van a tratar las diferencias referentes a la imputación de rentas, en concreto se analizará la retroacción contable, la fiscal, las discrepancias entre ellas y las discrepancias entre la retroacción fiscal de territorio común y de territorio foral. Del mismo modo que con la transmisión de BINs, el análisis se realizará siguiendo hitos temporales.

1. Situación anterior a la LIS (hasta 2014 inclusive)

En un principio, la antigua LIS, hacía referencia a la retroacción fiscal en su artículo 105:

“Artículo 105. Imputación de rentas.

Las rentas de las actividades realizadas por las entidades extinguidas a causa de las operaciones mencionadas en el artículo 83 (90 en las antiguas NFISs) de esta ley se imputarán de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles”.

La norma mercantil a aplicable era la LSA, que permitía pactos sobre la retroacción contable en operaciones de reestructuración en su artículo 235 d), al establecer el contenido necesario del proyecto de fusión. En él se decía que el proyecto de fusión debía contener la fecha a partir de la cual las operaciones de la extinguida deben entenderse realizadas por la beneficiaria. La LSA daba así un amplio margen a la imputación contable, si bien es cierto que como señala CHULIA, la doctrina mercantilista entendía que las partes podían establecer la retro- o postacion contable de la fusión, dentro de los límites del inicio y fin del ejercicio en el que se da la fusión (y por extensión las demás operaciones)³⁷ Pese al margen que daba la LSA se entendía que la fecha de la operación a efectos fiscales era la fecha de inscripción en el Registro Mercantil (en adelante RM) y no la de adopción del acuerdo en la junta general, tal y como demuestra diversa jurisprudencia³⁸.

Por su parte, las antiguas NFISs en sus respectivos artículos 98 establecían que las rentas generadas por la extinguida se imputarían de acuerdo con la normativa contable. De esta forma no existía en esta época disparidad alguna en las operaciones que implicasen normativa común y foral, por ende, no sería necesario aplicar el criterio de la transmitente al ser la normativa del IS igual. El perjuicio o beneficio de este sistema no venía determinado pro la normativa del IS, al operar las transmisiones de igual forma, sino que esta circunstancia vendría marcada por el tráfico mercantil.

No obstante, debía llevarse a cabo un ajuste fiscal en 2 casos, en las escisiones parciales y en las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad, ya que en ninguna de las dos se produce extinción. Este ajuste consistiría en corregir los resultados contables de transmitente y beneficiaria para llegar a las BIs (en adelante Bases Imponibles) en las que:

³⁷ VICENT CHULIA, F., “Introducción al Derecho Mercantil”, 21ª edición, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2008, pág. 580.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo nº 4776/2015, de 5 de noviembre.

La subrogación de derechos y obligaciones tributarias y la imputación de rentas en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad

1. Las rentas de la parte transmitida se imputen a la beneficiaria desde la fecha de inscripción en el RM hasta el final del ejercicio.
2. Las rentas de la parte transmitida se imputen a la transmitente desde el inicio del ejercicio hasta la fecha de inscripción en el RM.

Posteriormente la TRLIS dispuso en el artículo 91 lo que la antigua LIS establecía en el 105, sin cambios en su redacción. La normativa mercantil seguía siendo la LSA y tras su publicación en 2007, el Plan General de Contabilidad³⁹ (en adelante PGC), que en las normas de registro y valoración 21° y 22° contenía normas relativas a la retroacción contable, limitándola en gran medida. Al chocar esta noción con la libertad que daba la LSA el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas fue consultado al respecto, y resolvió lo que sigue:

“En definitiva, en una fusión incluida en el ámbito de las combinaciones de negocios reguladas en la norma de registro y valoración 19ª del Plan General de Contabilidad, la fecha de efectos contables ha de coincidir con la fecha de adquisición, es decir, aquella en la que la sociedad adquirente adquiere el control (poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades) de la sociedad adquirida. En ausencia de un control previo –en cuyo caso, aplicaría la norma de registro y valoración 21ª del Plan General de Contabilidad–, el informe de la Abogacía del Estado considera que la fecha de toma de control no puede ser anterior a la aprobación en junta general del proyecto de fusión, en los términos expresados en la conclusión anteriormente reproducida”⁴⁰.

³⁹ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. Boletín Oficial del Estado, de 20 de noviembre de 2011, n° 278.

⁴⁰ ICAC. Consulta n° 1 publicada en el BOICAC n° 75, de septiembre de 2008.

Esta resolución afectaba, por extensión, a las escisiones totales y parciales, pero no así a las aportaciones no dinerarias de rama de actividad, a las que el propio PGC no otorgaba efectos de retroacción contable como se explica en el párrafo siguiente. En 2009 se publicó la LME, que vinculaba normativamente la retroacción contable a lo dispuesto en el PGC, limitándose así de forma definitiva la libertad que otorgaba la LSA.

El PGC, en su estado actual tras la reforma operada por el Real Decreto 1159/2010⁴¹, tercera parte, normas de registro y valoración, en las normas 19º y 21º regula la fecha de efectos contables en las operaciones de reestructuración. La norma 19º aplica a operaciones entre sociedades que no pertenecen al mismo grupo y la 21º aplica al caso inverso. En las aportaciones no dinerarias de rama de actividad, sean o no entre empresas del grupo, no habrá retroacción contable. En el supuesto de hecho de la 19º, los efectos contables se retrotraerán, al momento de celebración de la junta que aprobó la operación o al momento de inscripción de ella en el Registro Mercantil. En estos casos no habrá discrepancias, las rentas generadas por la rama de actividad escindida se imputarán a la transmitente desde el inicio del ejercicio hasta la fecha de adquisición y a la beneficiaria desde la fecha de adquisición hasta el cierre del ejercicio, de forma que no habrá retroacción contable. No habiendo retroacción contable, tampoco la habrá de tipo fiscal, independientemente de si se da o no la extinción de la transmitente, i.e., tampoco habrá diferencias entre imputaciones en los casos de escisión parcial.

La norma 21º establece para el caso de fusiones y escisiones (parciales inclusive), que los efectos contables se retrotraigan al inicio del ejercicio,

⁴¹ Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre. Boletín Oficial del Estado, de 25 de septiembre de 2010, nº 232.

de esta forma, se efectúe cuando se efectúe la operación, las rentas serán imputadas a la entidad beneficiaria desde el inicio del ejercicio. Si hay extinción de la transmitente, la imputación fiscal será igual a la contable, pero si no la hay, como es el caso de las escisiones parciales, las rentas generadas por la rama escindida desde el inicio del ejercicio hasta la operación se imputarán contablemente a la entidad beneficiaria y fiscalmente a la entidad transmitente, generándose de esta forma una situación técnicamente compleja, que dará lugar a los ajustes descritos en declaración del IS. En el anexo 4 se puede encontrar un ejemplo de la problemática relativa a la sistemática de la imputación de rentas. En resumen y a lo que a este escrito concierne, tras el PGC se eliminó el problema respecto de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad, pero se mantuvo respecto de las escisiones parciales entre empresas del grupo.

Así fue como lo entendieron tanto la DGT como las HHFF, tal y como demuestran diversas consultas⁴². Estas consultas corresponden tanto a las antiguas NFISs como a las posteriores al ser la redacción del referido artículo 98 igual que la del actual 108.5 de cada una de las NFISs.

En este periodo quisiera destacarse una respuesta a una consulta evacuada por la HFA en el año 2000 que parece contravenir manifiestamente lo dispuesto hasta ahora. El supuesto de hecho es el de una entidad que en mayo acuerda una escisión parcial, pactando (siendo la normativa mercantil la LSA, con la libertad que ello implicaba) la retroacción contable a enero del mismo año. De forma sorprendente la referida consulta da efectos fiscales a la fecha de la retroacción contable. Se reproduce a continuación el último párrafo.

⁴² De la DGT: Consulta Vinculante no.V0050-04, de 10 de junio de 2004. Consulta Vinculante nº V1352-09, de 9 de junio de 2009. Consulta Vinculante no.V0484-11, de 28 de febrero de 2011.

De las HHFF: Consulta de 7 de octubre de 2013 de la Hacienda Foral de Bizkaia.

La subrogación de derechos y obligaciones tributarias y la imputación de rentas en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad

“será a partir del 1 de enero de 1999, fecha fijada en el proyecto de escisión como fecha de efectos contables, cuando las operaciones de la sociedad que se escinde se consideren realizadas por cuenta de la nueva entidad, en lo que a la actividad empresarial escindida se refiere, imputándose con efectos fiscales a esta nueva entidad”⁴³.

Se ha efectuado una comunicación informal con el objeto de obtener las explicaciones pertinentes, no obstante, no se han obtenido resultados satisfactorios.

En resumen, respecto de la retroacción fiscal, a diferencia de las BINs, la administración tributaria no tenía ningún margen a la interpretación ya que la ley no lo admitía, y se hacían coincidir la retroacción fiscal con la normativa mercantil según se diera o no la extinción. En consecuencia, habría retroacción fiscal (y contable) en las fusiones y escisiones totales y no habría retroacción fiscal (aunque sí contable) en las escisiones parciales. En las aportaciones no dinerarias de rama de actividad, tras la aprobación del PGC no habría retroacción ni fiscal ni contable.

2. Periodo posterior a la LIS (a partir de 2015)

La LIS eliminó el artículo 91 de la TRLIS, de forma que ya no existía previsión específica al respecto que limitase la retroacción fiscal a los casos en los que hubiera extinción de la transmitente. Con esta nueva redacción, la retroacción fiscal irá a la par que la contable, aunque no haya extinción, es decir, con la nueva redacción cesa la diferencia entre fechas de imputación de rentas también en los casos de escisión parcial. De esta forma, tal y como se ha explicado en el apartado anterior la fecha tanto para la imputación fiscal como contable dependerán de si la operación es o no entre empresas vinculadas:

⁴³ Consulta de 17 de febrero de 2000 de la Hacienda Foral de Álava.

La subrogación de derechos y obligaciones tributarias y la imputación de rentas en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad

1. Si no lo es, la fecha será la de toma de control.
2. Si lo es (que es el caso más común en este tipo de operaciones), será el inicio del ejercicio.

No obstante, ya ha quedado explicado que las NFISs no llevaron a cabo cambio alguno en este aspecto, por lo que se dará un problema similar, al visto con las BINs en los casos en los que a la beneficiaria de la escisión parcial se le aplique una normativa tributaria diferente al que se le venía aplicando a la sociedad escindida transmitente.

De nuevo habrá que llevar a cabo el análisis de dos supuestos, si bien reducido al tipo de operaciones que se acaban de explicar:

1. El primer supuesto será aquel en el que a la transmitente le sea de aplicación normativa foral y a la beneficiaria normativa estatal.
2. El segundo supuesto será el inverso, en el que a la transmitente se le aplique normativa de territorio común y a la beneficiaria normativa foral.

En el primer supuesto las rentas generadas por la rama escindida que se den desde el inicio del ejercicio hasta la operación según normativa foral no se imputan fiscalmente a la beneficiaria, pero sí lo hacen en virtud de normativa común, por tanto, se estaría dando una doble imposición sobre las rentas de la escindida.

En el segundo caso bajo la nueva LIS las rentas desde el inicio del ejercicio hasta la operación corresponden fiscalmente a la beneficiaria, mientras que para las HHFF dichas rentas deben imputarse fiscalmente a la transmitente, de suerte que quedarían sin tributar, si la operación se llevase a cabo a final de año, la práctica totalidad de las rentas quedarían sin ser gravadas. En el anexo 5 se puede encontrar un ejemplo de ambas situaciones.

Para evitar cualquiera de esas dos situaciones, eventualmente se podría aplicar el criterio de la normativa de la transmitente (escindida). Resulta conveniente un análisis de la situación para tratar de identificar favorecidos y desfavorecidos del sistema. Según a la transmitente se le aplique normativa común o foral se permitirá o no que las rentas generadas hasta la operación salgan de la esfera de exacción de la transmitente. Para que esto sea así deberá tratarse de casos en los que no se tribute como grupo fiscal y, además, el volumen de operaciones de beneficiaria y transmitente, individualmente considerados sean menores de 10 millones, para que, en aplicación del Concierto Económico, la exacción corresponda solamente a una administración.

Dándose el supuesto anterior, las rentas de la rama de actividad de una entidad a la que se le venía aplicando normativa común desde el inicio del ejercicio hasta la fecha de adquisición pasarán a ser exaccionadas por una Hacienda Foral, si las rentas son positivas las HHFFs se ven beneficiadas y si son negativas se dará el caso opuesto. Este cambio de exacción no se dará en el caso inverso, ya que las NFISs, tal y como se ha expuesto, no permiten esta retroacción fiscal. Siendo esto así resulta que en lo referente a la retroacción fiscal es la AEAT la que sale perjudicada frente a las HHFF si las rentas transmitidas son positivas, dándose el caso inverso si las rentas transmitidas son negativas. Cabe colegir que en este orden de cosas es el propio tráfico mercantil y no la normativa del IS el que determina la administración tributaria beneficiada y la perjudicada, para comprobarlo basta con hacer negativas las rentas cuya retroacción fiscal se discute en el supuesto 2 del anexo 4. Aunque en él no haya retroacción fiscal, en cualquier sistema simétrico la ganancia o pérdida viene marcada por el tráfico mercantil.

El contenido del párrafo precedente en referencia a la transmisión de rentas negativas no debe confundirse con la transmisión de BINs, son

conceptos similares, pero no iguales. Aquí se habla de las rentas generadas en el lapso entre el inicio del ejercicio y la fecha de inscripción de la operación en el RM y en el apartado anterior se hacía referencia las BINs provenientes de ejercicios anteriores y pendientes de aplicar. La disparidad en la transmisión de BINs (hasta las últimas reformas, y mantenida en Álava) provocaba perjuicios unidireccionales mientras que en este caso el perjuicio (y el beneficio) vendrá marcado por el tráfico mercantil y será, en principio, más limitado. Esta mayor limitación se debe a que cabe esperar que en pocos meses no se generen resultados negativos de la magnitud que corresponde a los resultados de varios años acumulado.

3. Novedades y Proyectos Normativos (2020)

El Anteproyecto de Vizcaya al que antes se ha hecho mención en el punto anterior también elimina el artículo 108.5 de la NFIS al que se ha hecho mención, de nuevo en un esfuerzo de armonización respecto de la normativa de territorio común. La comentada reforma de la NFISG ha incluido este mismo cambio, es más, iba incluido dentro de la 11^o enmienda. Por su parte en Álava tampoco se han llevado a cabo modificaciones a este respecto, subsistiendo así el artículo 108.5.

Si el Anteproyecto de Bizkaia se aprueba, serán problemáticas no solo las transmisiones entre territorio común y Álava, sino que también entre Vizcaya o Guipúzcoa y Álava, pero no las que se dieran entre Vizcaya y Guipúzcoa. Se crearía así un perjuicio para Vizcaya y Guipúzcoa en las relaciones con Álava en las que se trasfieran rentas positivas (y viceversa), de la misma manera, se estará perjudicando a Álava cuando se la transfieran rentas negativas (y viceversa), de nuevo el efecto neto para cada territorio vendrá marcado por el tráfico jurídico. Se debe tener en cuenta lo ya explicado sobre las diferencias entre transmitir rentas negativas y BINs pendientes de aplicar.

V. CONCLUSIONES

Tanto la transmisión de BINs como la imputación de rentas en escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad han sido temas controvertidos que solo recientemente están en vías de resolverse, y que todavía no han sido solucionados en lo que a Álava concierne. Las conclusiones del escrito son:

PRIMERA.- La transmisión de BINs en las operaciones de reestructuración referidas partía de una interpretación cuya base resultaba un tanto forzada. La interpretación inicial sostenía que la transmisión de BINs en casos en los que no hubiera extinción no quedaba amparada en las transmisiones de derechos y obligaciones transmisibles en los casos de sucesiones a título no universal, ello pese a que la ley no solo no hacía esta limitación, sino que, además, establecía expresamente que las BINs eran transmisibles, sin hacer depender la transmisibilidad de estar ante uno u otro tipo de sucesión. La HFB en un principio entendió que las BINs podían transmitirse en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad.

La publicación y entrada en vigor de la LME podría haber hecho a las administraciones tributarias cambiar de criterio, ya que otorgó el carácter de universal a las transmisiones efectuadas vía escisión parcial o aportación no dineraria de rama de actividad. No obstante, esto no fue así, las administraciones tributarias siguieron requiriendo la extinción de la entidad generadora de BINs. No fue hasta la modificación de la LIS que se pudieron transmitir las BINs también en escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad. Este cambio legislativo, a su vez, pudo haber tenido como efecto que las HHFFs adecuasen su interpretación no solo a la LME, sino que también a la normativa de territorio común en aras de armonización y mayor seguridad jurídica. Sin embargo, esto no se ha hecho hasta fechas recientes, y en el lapso entre la LIS y la modificación

de Guipúzcoa (y la prevista en el Anteproyecto de Vizcaya) se ha generado el problema de que la normativa de territorio común permitía la transmisibilidad mientras que la normativa foral no lo hacía.

En las transmisiones que han implicado normativa de uno y otro territorio se ha empleado el criterio de la normativa de la transmitente, al ser la normativa de territorio común la única que permitía transmitir BINs esto ha marcado que las HHFF solo pudieran recibir BINs sin poder transmitirlos, quedando estas como negativamente afectadas.

Las modificaciones de la normativa vizcaína y guipuzcoana han equiparado sus sistemas al de territorio común, de forma que el perjuicio (y correlativo beneficio) de estos territorios vendrá marcado por la realidad de las operaciones y no por la normativa, o más bien por la interpretación de ésta. Hasta que Álava no adapte su regulación, o interpretación, seguirá atrayendo BINs sin poder transmitirlos, con los efectos perjudiciales para sus arcas que ello conlleva.

SEGUNDA.—Por su parte la imputación de rentas ha sido problemática pero no por interpretaciones de las administraciones tributarias, sino que por cómo estaba regulada en la normativa del IS. Las escisiones parciales no implicaban extinción de la transmitente y por ello la retroacción contable no provocaba efectos fiscales, de forma que había que llevar a cabo una serie de ajustes al resultado contable para llegar a la BI, tanto de la transmitente como la adquirente, el año en el que se efectuaba la operación, porque la imputación fiscal no obedecía a la contable. Era un problema que llevaba aparejada una solución técnicamente compleja pero conocida y marcada por ley.

La LIS eliminó el artículo relativo a la imputación de rentas, de forma que la retroacción contable tendrá efectos fiscales, sin requerirse la extinción de la sociedad. No obstante, las NFISs seguían teniendo ese artículo, de forma que en los casos de transmisión entre territorio común y foral

había que acudir de nuevo al criterio de aplicar la normativa de la transmitente. Bajo este criterio, si las rentas eran positivas y a la transmitente le era de aplicación normativa de territorio común, la AEAT salía perjudicada y si eran negativas (no deben confundirse con las BINs pendientes de aplicar), beneficiada. Si a la transmitente le era de aplicación normativa foral y las rentas a transmitir eran positivas, las haciendas forales salían beneficiadas, pero si eran negativas salían perjudicadas, en tanto que en ninguno de los dos casos se transmitían las rentas.

La reforma efectuada en Gipuzkoa y la prevista en el Anteproyecto, solventan las disparidades, que, no obstante, se mantendrán en Álava hasta que lleve a cabo una reforma, lo cual es previsible.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

Bibliografía

ALGUACIL MARÍ, Pilar. “Fiscalidad de la fusión y de otras modificaciones estructurales” en CANO ORTEGA, Cristina (Coord). Integración y Concentración de Empresas Agroalimentarias. Madrid: Ed. Dykinson, 2018, pp. 623-639.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. “Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades” en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO FERNÁNDEZ, Ángel (dirs.). Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I. 15ª Edición. Navarra: Ed. Civitatis, 2017, pp. 561-562.

GARCÍA ROSS, José Javier y RADA ATXABAL, Alberto. “Derecho Financiero y Tributario Foral Vasco”. Bilbao: Ed. Gomylex, 2017, pp. 95-105.

VICENT CHULÍA, F., “Introducción al Derecho Mercantil”, 21ª edición, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2008, pág. 580.

Fuentes

Legislación

- Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. Diario Oficial nº L 225 de 20 de agosto de 1990 pp. 0001 – 0005.
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Boletín Oficial del Estado, de 27 de diciembre de 1989, nº 310, pp. 40012-40034.
- Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial del Estado, de 28 de diciembre de 1995, nº 310.
- Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco. Boletín Oficial del Estado de 24 de mayo de 2005, nº 124.
- Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial del Estado, 11 de marzo de 2004, nº 61.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Boletín Oficial del Estado, de 04 de abril de 2009, nº 82.
- Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado, de 03 de julio de 2010, nº 161.
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial del Estado, de 28 de noviembre 2014, nº 288.
- Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial de Bizkaia, 11 de julio de 1996, nº 135.
- Norma Foral 7/1996, de 4 de Julio, del Territorio Histórico De Gipuzkoa, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial de Gipuzkoa, 17 de julio de 1996, nº 133.

- Norma Foral 24/1996, de 5 de julio, de Las Juntas Generales De Álava, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava, 9 de agosto de 1996, n°90.
- Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como servicio de prevención ajeno. Boletín Oficial del Estado, 11 de junio de 2005, n° 139, pp. 20073-20078.
- Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. Boletín Oficial del Estado, de 20 de noviembre de 2011, n° 278.
- Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre. Boletín Oficial del Estado, de 25 de septiembre de 2010, n° 232.
- Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre de 2013, del Impuesto Sobre Sociedades. Boletín Oficial de Bizkaia, 13 de diciembre de 2013, n° 238.
- Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto Sobre Sociedades. Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava de 27 de diciembre de 2013, n° 148.
- Norma Foral 2/2014, de 17 de enero, del Territorio Histórico de Gipuzkoa. del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial de Gipuzkoa de 22 de enero de 2014, n° 13.
- Norma Foral 25/2019, de 20 de diciembre, de Medidas Tributarias para 2020. Boletín Oficial de Álava de 30 de diciembre de 2019, n° 149.
- Norma Foral 1/2020, de 24 abril, por la que se introducen modificaciones tributarias relacionadas con la transposición de Directivas europeas y otras modificaciones de carácter técnico. Boletín Oficial de Gipuzkoa de 28 de abril de 2020, n° 78.

-Proyectos Normativos

- ANTEPROYECTO DE NORMA FORAL _____/2020 de _____ de _____ de transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, de la Directiva (UE) 2016/1164 del consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior y de la Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea.

-Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Supremo no. 4776/2015, de 5 de noviembre.

-Otras Resoluciones

- Consulta de 14 de marzo de 1997 de la Hacienda Foral de Bizkaia.
- Consulta nº 0049-97 de 16 de enero de 1997 de la DGT.
- Consulta nº 0542-97 de 24 de marzo de 1997 de la DGT.
- Consulta nº 0704-97 de 10 de abril de 1997 de la DGT.
- Consulta nº 1942-98 de 16 de diciembre de 1998 de la DGT.
- Resolución de 22 de diciembre de 1998, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública, aprobado por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 1994, a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado de 9 de enero de 1999, nº 8.
- Consulta de 17 de febrero de 2000 de la Hacienda Foral de Álava.
- Consulta nº 0680-00 de 23 de marzo de 2000 de la DGT.

- Consulta nº 1053-00 de 3 de mayo de 2000 de la DGT.
- Consulta nº 1696-00 de 4 de octubre de 2000 de la DGT.
- Consulta nº 1211-01 de 20 de junio de 2001 de la DGT.
- Consulta nº 1448-02 de 1 de octubre de 2002 de la DGT.
- Consulta nº 0042-03 de 25 de junio de 2003 de la DGT.
- Consulta de 4 de mayo de 2004 de la Hacienda Foral de Álava.
- Consulta Vinculante nº V0050-04, de 10 de junio de 2004 de la DGT.
- Consulta nº 1941-07 de 9 de septiembre de 2007 de la DGT.
- ICAC. Consulta nº 1 publicada en el BOICAC no. 75, de septiembre de 2008.
- Consulta Vinculante nº V1352-09, de 9 de junio de 2009 de la DGT.
- Consulta Vinculante nº V0484-11, de 28 de febrero de 2011 de la DGT.
- Consulta Vinculante nº V2519-14 de 26 de septiembre de 2014 de la DGT.
- Consulta Vinculante nº V3284-14 de 9 de diciembre de 2014 de la DGT.
- Consulta Vinculante nº V2215-14 de 8 de agosto de 2014 de la DGT.
- Consulta nº V4141-15 de 28 de diciembre de 2015 de la DGT.
- Resolución nº R 16/2018, nº Expediente 11/2015, de la Junta Arbitral Del Concierto Económico Con La Comunidad Autónoma Del País Vasco, de 17 de octubre de 2018.

La subrogación de derechos y obligaciones tributarias y la imputación de rentas en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad

ANEXO 1. CONTACTOS

Repuesta de mail de un Inspector de la HFB.

De: @bizkaia.eus
 Enviado el: jueves, 2 de abril de 2020 22:07
 Para: @bizkaia.eus
 Asunto: Re: Régimen Especial de Reestructuración Empresarial y Transmisión de Bienes

Buenas noches

Efectivamente en las escisiones seguimos distinto criterio en Bizkaia que en territorio común. En las escisiones parciales para que se puedan acoger al régimen optativo de diferimiento de la NFIS se exige que previamente a la escisión existan dos ramas de actividad definidas a las que atribuir bienes y derechos y deudas asumidas de estos de cada rama.

Se daría una subrogación de bienes y derechos, entre ellos de las B/Ns, por cada rama de actividad de las suyas, según el criterio administrativo mantenido en territorio común. En cambio, si la empresa que se escinde está sujeta a normativa del THB, entendemos que al no haberse producido una extinción de la sociedad transmitente, las B/Ns quedan en esta. De lege ferenda te comento que son cuestiones que pueden ser modificadas, pero a día de hoy está así.

Cuestión que pasaría en el caso de una escisión parcial en la que a la sociedad adquirente se le aplique normativa de territorio común y a la transmitente normativa foral, aplicarían su criterio. Y al revés la hacienda vizcaína aplicaría el suyo. Pero bienes que tener en cuenta que se aplica el criterio de la normativa que le sea aplicable a la entidad transmitente. Si esta fuera de normativa vizcaína, las B/Ns quedarían en la transmitente y la sociedad escindida no se llevaría ninguna proporción de las B/Ns según conformación en cada rama, cosa que si ocurriría si la transmitente es de normativa de territorio común.

Un abrazo

Respuesta de la HFA

Buenos días:

En el marco de la actual redacción del artículo 106 de la Norma Foral 37/2013 del Impuesto sobre Sociedades, la transmisión del derecho a la compensación de bases imponibles negativas pendientes solamente es aplicable en el caso de extinción de la entidad transmitente, esto es, cuando se produce una sucesión a título universal.

En consecuencia, en los supuestos planteados (escisión parcial y aportaciones de rama de actividad) no cabe entender que se transmite el derecho a la compensación de bases imponibles negativas pendientes

Un saludo

Societate eta Ez-egoiztaren gaineko Zergien eta Atzikiaren Arakala -
 Sección de Impuestos sobre Sociedades. Retenciones y No Residentes
 ARABAKO FORU ALDUNDIA / DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA
 Dirección: Samediego 14 - 2ª Planta - 01008 VITORIA-GASTEIZ
 E-mail: sociedades@araba.eus <mailto:mjgarcer@araba.eus>
 www.araba.eus <http://www.araba.eus>

La comunicación con la HFG fue llevada a cabo por teléfono, no se dispone de transcripción ni de grabación de voz.

Academia Vasca de Derecho
 Zuzenbidearen Euskal Akademia
 ISSN: 2173-9102
 D.L./L.G.: BI-1677-03

Ilustre Colegio Notarial del País Vasco
 Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestua
 Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
 Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoetsua
 Boletín *JADO*. Bilbao. Año XVII. N° 30. Enero-Diciembre, 2022, pp. 301-363
JADO Aldizkaria. Bilbo. XVII. urtea. 30 zk. 2022, Urtarrila-Abendua, 301-363 or.

ANEXO 2. SUPUESTOS BINs, EFECTO EN SOCIEDADES

En este anexo figurarán 3 supuestos de hecho, el cero será el supuesto base en el que no se produce reorganización alguna, en el supuesto número uno una entidad a la que le es de aplicación normativa del IS foral realizará una aportación no dineraria de rama de actividad en favor de una entidad sujeta a normativa de común como beneficiaria. En el supuesto número dos, una entidad sujeta a normativa de territorio común llevará a cabo la misma operación, pero estando sometida la beneficiaria a derecho fiscal foral. El fin último del ejemplo es ilustrar el efecto de los dos supuestos de hecho en la tributación efectiva de la empresa. A estos efectos resultarán relevantes las filas Total BINs y Cuota.

Z será la Sociedad transmitente, compuesta por las ramas de actividad Z1 y Z2, ninguna de las cuales tiene personalidad jurídica. Z aportó Z2 a la sociedad X, compuesta solamente por la rama X1, en fecha 30/06/2018. A Z2 el 30/06/2018 le era atribuible una BI de 0, desde el 1/7/2020 hasta el 31/12/2018 tampoco generó BI alguna. La sociedad Z a 31/12/2017 tenía reconocidas unas BINs por valor de 1 millón de euros, el 30%, 300.000 €, le eran imputables a Z1 y 700.000 € a Z2. La sociedad Z durante el año fiscal 2018-2019 generó una BI previa de 4 millones de euros. La contabilidad de X reflejaba para el ejercicio fiscal 2018-2019 una BI previa de 5 millones de euros, con unas BINs reconocidas por valor de 500.000 €. Para el ejercicio referido el tipo de gravamen aplicable a las mencionadas sociedades es del 25% en territorio común y del 24% en Vizcaya.

Supuesto 0. Caso Base

En este supuesto no se da ninguna reorganización, Z está sujeta a normativa de territorio común y X a normativa foral vizcaína.

	Sociedad Z	Sociedad X	Total
Normativa	Foral Vizcaína	Común	
BI. Previa	4.000.000 €	5.000.000 €	9.000.000 €
BINs Rama Z1	300.000 €		700.000 €
BINs Rama Z2	700.000 €		700.000 €
BINs Rama X1		500.000 €	500.000 €
Total, BINs	1.000.000 €	500.000 €	1.500.000 €
Compensación BINs	1.000.000 €	500.000 €	1.500.000 €
BI	3.000.000 €	4.500.000 €	7.500.000 €
Tipo de Gravamen	24%	25%	
Cuota	720.000 €	1.125.000 €	1.845.000 €

Supuesto 1. Transmisión de BINs Foral-Común

En este supuesto se da una aportación de rama de actividad Z1 llevada a cabo por Z en favor de X. Z sujeta a normativa foral vizcaína y X a normativa de territorio común. Según lo explicado, en aplicación de la normativa foral, las BINs correspondientes a la rama transmitida no eran transmisibles en los casos de escisiones parciales ni aportaciones no dinerarias de rama de actividad, por ello a los ojos de la DFB seguirán correspondiendo a Z. No así para la AEAT, ya que la normativa de territorio común sí permite la transmisión, de forma que las BINs imputables a Z1 serían compensables por Z en Vizcaya según la interpretación de la DFB y por X en territorio común en virtud de la LIS, i.e., se duplicarían, con la consecuente reducción de cuota, en este caso de Z.

	Sociedad Z	Sociedad X	Total	Diferencia Situación 0
Normativa	Foral Vizcaína	Común		
BI. Previa	4.000.000 €	5.000.000 €	9.000.000 €	
BINs Rama Z1	300.000 €		300.000 €	
BINs Rama Z2	700.000 €	700.000 €	1.400.000 €	700.000 €
BINs Rama X1		500.000 €	500.000 €	
Total BINs	1.000.000 €	1.200.000 €	2.200.000 €	700.000 €
Compensación BINs	1.000.000 €	1.200.000 €	2.200.000 €	700.000 €
BI	3.000.000 €	3.800.000 €	6.800.000 €	(700.000) €
Tipo de Gravamen	24%	25%		
Cuota	720.000 €	950.000 €	1.670.000 €	(175.000) €

Supuesto 2

Aportación de rama de actividad Z1 llevada a cabo por Z en favor de X, estando Z sujeta a normativa de territorio común y X a normativa foral vizcaína. Según lo explicado, en aplicación de la normativa foral, las BINs correspondientes a la rama transmitida no eran transferibles en los casos de escisiones parciales ni aportaciones no dinerarias de rama de actividad, por ello, a los ojos de la DFB las BINs de Z1 no son compensables por X1. No así para la AEAT, ya que la normativa de territorio común sí permite la transmisión, de forma que las BINs imputables a Z1 serían transmitidas a X en Vizcaya en lo que a la AEAT respecta por mor de la LIS pero no podían ser adquiridas por X en Vizcaya según la interpretación de la DFB i.e., las BINS se perderían, con el consiguiente aumento de cuota.

	Sociedad Z	Sociedad X	Total	Diferencia Situación 0
Normativa	Común	Foral		
BI. Previa	4.000.000 €	5.000.000 €	9.000.000 €	
BINs Rama Z1	300.000 €		300.000 €	
BINs Rama Z2				(700.000) €
BINs Rama X1		500.000 €	500.000 €	
Total BINs	300.000 €	500.000 €	800.000 €	(700.000) €
Compensación BINs	300.000 €	500.000 €	800.000 €	(700.000) €
BI	3.700.000 €	4.500.000 €	8.200.000 €	700.000 €
Tipo de Gravamen	25%	24%		
Cuota	925.000 €	1.080.000 €	2.005.000 €	160.000 €

ANEXO 3. EJEMPLO NUMÉRICO BINs. EFECTO EN HACIENDAS

En este anexo figurarán 3 supuestos de hecho, en todos ellos habrá dos sociedades exactamente iguales en lo que a ramas, BINs y BI previas se refiere. El cero será el supuesto base en el que no se produce reorganización alguna, en el supuesto número uno la entidad a la que le es de aplicación normativa del IS foral realizará una aportación no dineraria de rama de actividad en favor de una entidad sujeta a normativa de común como beneficiaria. En el supuesto número dos, una entidad sujeta a normativa de territorio común llevará a cabo la misma operación, pero estando sometida la beneficiaria a derecho fiscal foral. El fin último del ejemplo es ilustrar el efecto de los dos supuestos de hecho en los ingresos fiscales de las administraciones tributarias por emplear el criterio de aplicar la normativa de la transmitente.

Las dos sociedades son Z y X ambas están compuestas por las ramas de actividad 1 (X1 y Z1) y 2 (X2 y Z2), ninguna de las cuales tiene personalidad jurídica. La operación se efectúa en fecha 30/06/2018, a las ramas Z2 y X2 el 30/06/2018 les era atribuible una BI de 0, desde el 1/7/2020 hasta el 31/12/2018 tampoco generaron BI alguna. Ambas sociedades a 31/12/2017 tenían reconocidas unas BINs por valor de 1 millón de euros, el 30%, 300.000 €, le eran imputables a la rama1 y 700.000 € a la rama 2. Ambas sociedades generaron una BI previa de 5 millones de euros, que tal y como se ha explicado corresponden al 100% a la rama 1, en los supuestos 1 y 2 se transmitirá la rama 2 del tipo de gravamen aplicable a las sociedades es del 25% en territorio común y del 24% en Vizcaya.

Supuesto 0. Caso Base

Sin reorganización. Z sujeta a normativa común y X a normativa foral vizcaína. En este primer caso la diferencia en cuota se ve explicado por la diferencia en el tipo de gravamen, el 1% de 4 millones es 40.000.

	Sociedad Z	Sociedad X
Normativa	Foral Vizcaína	Común
BI. Previa	5.000.000 €	5.000.000 €
BINs Rama Z1	300.000 €	
BINs Rama Z2	700.000 €	
BINs Rama X1		300.000 €
BINs Rama X2		700.000 €
Total BINs	1.000.000 €	1.000.000 €
Compensación BINs	1.000.000 €	1.000.000 €
BI	4.000.000 €	4.000.000 €
Tipo de Gravamen	24%	25%
Cuota	960.000 €	1.000.000 €

Supuesto 1. Transmisión de BINs Foral-Común

En este supuesto la Sociedad Z aporta la rama Z2 a la sociedad X, aplicando la normativa vizcaína las BINs no se transfieren, de esta forma se quedan en Vizcaya y la HFB obtiene los mismos ingresos tributarios que si no hubiera operación, la factura fiscal total de las empresas es igual.

	Sociedad Z	Sociedad X
Normativa	Foral Vizcaína	Común
BI. Previa	5.000.000 €	5.000.000 €
BINs Rama Z1	300.000 €	
BINs Rama Z2	700.000 €	
BINs Rama X1	0	300000 €
BINs Rama X2	0	700.000 €
Total BINs	1.000.000 €	1.000.000 €
Compensación BINs	1000000 €	1000000 €
BI	4000000 €	4000000 €
Tipo de Gravamen	24%	25%
Cuota	960000 €	1000000 €

Supuesto 2. Transmisión BINs Común-Foral

En este supuesto la Sociedad X aporta la rama X2 a la sociedad Z, aplicando la normativa de territorio común las BINs se transfieren, de esta forma salen del ámbito de la AEAT y entran en el de la HFB, de forma que la última obtiene menos ingresos tributarios (el importe del perjuicio para la HFB dependerá de que porcentaje de estas rentas, en aplicación del Concierto Económico, sean exaccionadas ante la HFB) sean exaccionadas por una mayor compensación de BINs y la primera se ve beneficiada, el aumento en la factura fiscal total se debe a que las BINs que se transfieren se compensan en un 24% y no en un 25%, de ahí que la diferencia en la tributación total respecto del supuesto uno sea de 7.00 €, el 1% de 700.000 €.

	Sociedad Z	Diferencia Situación 0	Sociedad X	Diferencia Situación 0
Normativa	Foral Vizcaína		Común	
BI. Previa	5.000.000 €		5.000.000 €	
BINs Rama Z1	300.000 €			
BINs Rama Z2	700.000 €			
BINs Rama X1			300.000 €	
BINs Rama X2	700.000 €	700.000 €		
Total, BINs	1.700.000 €	700.000 €	300.000 €	(700.000) €
Compensación BINs	1.700.000 €	700.000 €	300.000 €	(700.000) €
BI	3.300.000 €	(700.000) €	4.700.000 €	700.000 €
Tipo de Gravamen	24%		25%	
Cuota	825.000 €	(135.000) €	1.128.000 €	128.000 €

ANEXO 4. MECÁNICA DE LA IMPUTACIÓN DE RENTAS

En este anexo se verán dos ejemplos, una fusión y una escisión parcial, el objetivo es conocer la mecánica de la retroacción contable y fiscal en ambos casos. No se quieren ilustrar diferencias de tratamiento entre normativas.

Supuesto 1. Fusión por Absorción

La sociedad Z es absorbida por la sociedad X a fecha 30/6/2012. La sociedad Z no tenía BINs pendientes de aplicar, entre el 01/01/2012 y la fecha de absorción tuvo un resultado contable de 300.000 €, desde su absorción hasta final de año generó un resultado contable de 500.000 €. Por su parte, el beneficio bruto de la sociedad Z (sin contar lo generado por X) fue de 3.000.000 €. Se da la retroacción contable a inicio del ejercicio, 1 de enero, esta retroacción contable tiene efectos fiscales al darse la extinción de X. De esta forma se imputan a X todas las rentas de Z, las generadas después de la operación (como es natural), y las generadas antes, vía retroacción contable que no necesita ajuste fiscal alguno.

	Sociedad Z	Sociedad X
Resultado imputable a la rama X1		3.000.000 €
Resultado imputable a Z antes de la fusión	300.000 €	
Resultado imputable a Z después de la fusión		500.000 €
Resultado ANTES de la retroacción contable		3.500.000 €
Retroacción contable	(300.000 €)	300.000 €

Resultado DESPUÉS de la retroacción contable		3.800.000 €
Diferencias Permanentes provocadas por la NO retroacción fiscal		
BI		3.800.000 €
Tipo de Gravamen	24%	24%
Cuota		912.000 €
Beneficio después de Impuestos		2.888.000 €

Supuesto 2. Escisión parcial

La sociedad Z consta de dos ramas, la rama Z1 y la rama Z2, la sociedad Z lleva a cabo una escisión parcial, de forma que transmite su rama Z2 a la sociedad X, formada solamente por la rama X1 en fecha 30/6/2012. A esa fecha a la rama le era imputable un resultado contable de 200.000 €, durante el resto del año generó 400.000 €. La rama Z1 ha generado un resultado contable de 100.000 € en todo el año 2012. La contabilidad refleja que la rama X1 por sí sola (sin contar los resultados de la rama Z2) ha tenido un beneficio bruto para ese año de 700.000 €. El no reconocimiento fiscal de la retroacción contable hace que los resultados imputables a Z2 antes de la escisión sean atribuidos a la sociedad Z, así se deben llevar a cabo ajustes en su resultado contable en forma de diferencias permanentes positivas (con signo inverso a los ajustes realizados en X) para llegar a la base imponible. Nótese que el resultado contable antes de impuestos es igual antes y después de la retroacción contable, ello porque la suma de efectos de los ajustes contables es cero, al igual que la suma de los ajustes fiscales. Lo explicado resulta plenamente aplicable si se trata de rentas negativas, la retroacción contable y fiscal funcionan de igual manera.

	Sociedad Z	Sociedad X	Total
Normativa	Foral Vizcaína	Territorio Común	
Resultado Imputable a X1		700.000 €	
Resultado Imputable a Z1	100.000 €		
Resultado imputable a Z2 antes de la escisión parcial	200.000 €		
Resultado imputable a Z2 tras la escisión parcial		400.000 €	
Resultado ANTES de la retroacción contable	300.000 €	1.100.000 €	
Retroacción contable	(200.000 €)	200.000 €	0 €
Resultado DESPUÉS de la retroacción contable	100.000 €	1.300.000 €	1.400.000 €
Diferencias Permanentes provocadas por la NO retroacción fiscal	200.000 €	(200.000 €)	0 €
BI	300.000 €	1.100.000 €	1.400.000 €
Tipo de Gravamen	24%	25%	
Cuota	72.000 €	264.000 €	336.00€
Beneficio después de Impuestos	28.000 €	1.036.000 €	1.064.000 €

ANEXO 5. SUPUESTOS DE RETROACCIÓN

En este anexo se replicará el ejemplo anterior bajo 2 supuestos; en el supuesto primero a la transmitente se le aplicará normativa de territorio común y en el segundo de territorio foral el tercero y cuarto serán iguales, pero transmitiéndose rentas (que no BINs) negativas. Además, se cambiará el año a 2018, para que se de en el periodo post LIS.

Supuesto 1. Imputación de Rentas Común-Foral

En este supuesto según normativa de territorio común la imputación fiscal de las rentas de Z2 entre el inicio del ejercicio y la fecha de operación corresponden a la beneficiaria, de forma que Z no deberá hacer ajustes a su resultado contable para llegar a la BI. A su vez, según normativa foral, X no debe imputarse fiscalmente las rentas generadas por lo que se dará una diferencia permanente negativa en su resultado contable para llegar a la BI, que será 200.000 € menor que en el supuesto 2 del anexo anterior pese a haber un resultado contable igual.

	Sociedad Z	Sociedad X	Total
Normativa	Común	Foral Vizcaína	
Resultado Imputable a X1		700.000 €	
Resultado Imputable a Z1	100.000 €		
Resultado imputable a Z2 antes de la escisión parcial	200.000 €		
Resultado imputable a Z2 tras la escisión parcial		400.000 €	

Resultado ANTES de la retroacción contable	300.000 €	1.100.000 €	
Retroacción contable	(200.000 €)	200.000 €	
Resultado Contable DESPUÉS de la retroacción contable	100.000 €	1.300.000 €	1.400.000 €
Retroacción fiscal (Ajustes Permanentes)		(200.000 €)	(200.000 €)
BI	100.000 €	1.100.000 €	1.200.000 €
Tipo de Gravamen	24%	25%	
Cuota	24.000 €	275.000 €	299.000 €
Beneficio después de Impuestos	76.000 €	1.025.000 €	1.101.000 €

Supuesto 2. Imputación de Rentas Foral-Común

En este segundo supuesto se da el caso inverso, para la hacienda foral las rentas de Z1 antes de la operación corresponden a Z al no haberse extinguido ésta, por lo que realizará un ajuste positivo al resultado contable de Z, por otra parte, la AEAT no llevará a cabo ajustes negativos ya que según la normativa de territorio común las rentas de Z1 deben imputarse fiscalmente a X, independientemente de la extinción de Z. De esta forma la BI global será 200.000 € mayor al supuesto segundo del anexo anterior pese a que el resultado contable sea el mismo.

La subrogación de derechos y obligaciones tributarias y la imputación de rentas en las escisiones parciales y aportaciones no dinerarias de rama de actividad

	Sociedad Z	Sociedad X	Total
Normativa	Foral Vizcaína	Común	
Resultado Imputable a X1		700.000 €	
Resultado Imputable a Z1	100.000 €		
Resultado imputable Z2 antes de la escisión parcial	200.000 €		
Resultado imputable Z2 tras la escisión parcial		400.000 €	
Resultado ANTES de la retroacción contable	300.000 €	1.100.000 €	
Retroacción contable	(200.000 €)	200.000 €	0 €
Resultado DESPUÉS de la retroacción contable	100.000 €	1.300.000 €	1.400.000 €
Retroacción fiscal (Ajustes Permanentes)	200.000 €		200.000 €
BI	300.000 €	1.300.000 €	1.600.000 €
Tipo de Gravamen	24%	25%	
Cuota	72.000 €	325.000 €	397.000 €
Beneficio después de Impuestos	28.000 €	975.000 €	1.003.000 €

Viviendas de uso turístico y vías actuación de la comunidad de propietarios

MARKEL TXASKO GALARRAGA

Doble graduado en Derecho y Administración y
Dirección de Empresas por la Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitateko Zuzenbideko eta
Enpresen Administrazioa eta Zuzendaritzako gradudun bikoitza

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 15/11/2021

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 19/07/2022

Resumen: En el presente trabajo se analizan las diferentes posibilidades que tiene la comunidad de propietarios a su alcance para actuar frente a los menoscabos ocasionados por las denominadas viviendas de uso turístico (VUT). Se trata de cuestiones que no han sido pacíficas ni para la jurisprudencia ni para la doctrina por lo complejo que resulta conjugar el adecuado equilibrio de los diferentes intereses que confluyen en la propiedad horizontal.

Para ello, el cuerpo del trabajo se divide en varios bloques. En primer lugar, para dilucidar el alcance de los problemas que generan o pueden generar las VUT como actividad, se tratará de objetivar dicha problemática y las consecuencias que tiene en el Derecho civil (II), y, en el siguiente apartado, la necesidad de respuesta por parte del legislador (III). A continuación, con el fin de responder a la fundamental cuestión de qué es una VUT, se analizará tanto su naturaleza jurídica como el posible régimen aplicable, empleando para ello el análisis de las diferentes figuras afines

(IV). Como parte fundamental de este trabajo, se procurará establecer cuáles son las vías que ofrece el ordenamiento jurídico para que la comunidad de propietarios pueda actuar frente a las VUT (V). Por último, se incluirá la síntesis que se haya colegido a partir de cada bloque, formulando las conclusiones finales.

Palabras clave: comunidad de propietarios; viviendas de uso turístico; equilibrio de intereses; propiedad horizontal.

Erabilera turistikoko etxebizitzaren aurka, jabeen erkidegoaren jarduteko bideak

Laburpena: Lan honetan, jabeen erkidegoak bere esku dituen aukera ezberdinak aztertu nahi dira, erabilera turistikoko etxebizitzengatik sortutako narriaduren aurka jarduteko. Halako gaiak ez dira baketsuak jurisprudentzian, ezta doktrinan ere. Gaia oso konplexua da jabetza horizontalean dauden interes ezberdinak modu orekatuan uztartu nahi direlako.

Horretarako, lanaren edukia zati ezberdinetan banatu da. Hasteko, erabilera turistikoko etxebizitzengatik sor daitezkeen ala sortzen diren arazoak behar bezala ulertzeko, jarduera horren arazoak zehaztu nahi dira eta halako arazoen Zuzenbide zibilean dakartzaten ondorioak ere. Bigarrenik, legegilearen erantzunaren beharra nabarmentzen da. Jarraian, erabilera turistikoko etxebizitza zer den zehaztuko da, bere izaera juridikoa, araubide aplikagarria, horretarako antzeko figuren azterketa erabiliz. Lan honen oinarritzko zati bezala, ordenamendu juridikoak eskaintzen dituen bideak zehaztuko dira jabeen erkidegoak erabilera turistikoko etxebizitzaren jardueraren aurka egin ahal izateko. Amaitzeko, lanaren zati bakoitzetik atera ditudan azken ondorioak sartuko dira.

Gako-hitzak: jabeen erkidegoa; erabilera turistikoko etxebizitzak; interesen arteko oreka; jabetza horizontala.

Homes for tourist use and courses of action for the community of owners

Abstract: In this paper we analyze the different possibilities that community of owners within their reach to act against the damages caused by the so-called houses for tourist use (VUT). It is about issues that have not been peaceful neither for the jurisprudence nor for the doctrine by how complex it is to conjugate the adequate balance of the different interests that converge in the horizontal property.

To do this, the body of work is divided into several blocks. First of all, for elucidate the scope of the problems that VUTs generate or may generate as activity, we will try to objectify said problem and the consequences that it has in civil law (II), and, in the following section, the need for a response by part of the legislator (III). Next, in order to answer the fundamental question of what a VUT is, both its legal nature and the possible applicable regime, using for this the analysis of the different related figures (IV). As a fundamental part of this work, an attempt will be made to establish what are the the ways offered by the legal system so that the community of owners can act against the VUT (V). Finally, it will include the synthesis that has been collected from each block, formulating the final conclusions.

Key words: community of owners; housing for tourist use; balance of interests; horizontal property

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PROBLEMÁTICA GENERAL; III. LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA: 1. *Insuficiencia de la normativa anterior*; 2. *La competencia autonómica*; 3. *Real Decreto-Ley 7/2019*; IV. NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE: 1. *El arrendamiento de cosas*; 2. *El arrendamiento de temporada*; 3. *El arrendamiento de vivienda vacacional*; V. POSIBLES ACTUACIONES DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS FRENTE A LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: 1. *Actuaciones de la comunidad ante las actividades o daños ya producidos*: 1.1. La acción de cesación: 1.1.1. Actividades susceptibles de dar lugar al ejercicio de la acción de cesación; 1.1.2. Examen especial de las actividades de las viviendas de uso turístico como actividades molestas; 1.1.3. Posible presunción de la actividad molesta en las viviendas de uso turístico; 1.2. Incremento de la participación en gastos; 2. *Actuaciones preventivas de la comunidad*: 2.1. Prohibición expresa en los estatutos de la comunidad de propietarios. 2.1.1. Legitimidad de la prohibición; 2.1.2. Irretroactividad de la prohibición; 2.1.3. Quórum; 2.2. Posibilidad de incluir en el reglamento de régimen interior los acuerdos relativos a la limitación del uso y el incremento de gastos; 2.3. El destino de la vivienda como posible vía de defensa de la comunidad de propietarios; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- Art/s.: Artículo/s
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- BORM: Boletín Oficial de la Región de Murcia
- CC: Código Civil
- CCAA: Comunidades Autónomas
- CE: Constitución Española
- *Cfr.*: *Confer* (compárese)
- Coord.: Coordinador
- Decreto 2414/1961: Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado
- Dir.: Director
- Etc.: Etcétera
- *Ibid.*: *Ibidem* (igual que la referencia anterior)
- LAU: Ley de Arrendamientos Urbanos
- Ley 4/2013: Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas
- LH: Ley Hipotecaria
- LPH: Ley de Propiedad Horizontal
- OCPM: Organización de las Ciudades del Patrimonio Mundial
- OMT: Organización Mundial del Turismo
- *Op. cit.*: *Opere citato* (obra citada)

- P2P: *Peer to peer* (de igual a igual)
- RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
- Real Decreto-
-ley: 7/2019 Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler
- SAP: Sentencia de Audiencia Provincial
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
- TC: Tribunal Constitucional
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TS: Tribunal Supremo
- UNESCO: *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura)
- *Vid.:* *Vide* (véase)
- VUT: Vivienda de uso turístico

I. INTRODUCCIÓN

El arrendamiento de viviendas de uso turístico (en adelante, VUT) constituye una práctica hasta hace poco apenas conocida y hoy muy generalizada, lo cual ha supuesto para muchas ciudades una revolución que el legislador ha intentado resolver con desigual fortuna, debido, fundamentalmente, entre otras causas que veremos, a los intereses contrapuestos existentes dentro de las comunidades de propietarios donde esta actividad se desarrolla, máxime si hablamos de algo tan esencial para la persona, como es la vivienda donde reside.

En las conocidas como «viviendas de uso turístico» se da el arrendamiento de una vivienda que, por la brevedad de tiempo y por su carácter turístico, permite establecer un precio más elevado que el de un arrendamiento por plazo superior. Su aparición es muy novedosa y responde principalmente a la aparición de plataformas P2P (*peer-to-peer*, de igual a igual, en referencia a la pretendida «economía colaborativa») en torno al año 2007¹. El éxito de estos arrendamientos reside en su sencillez: únicamente son necesarios un inmueble y un canal de publicitación². La utilización de estas plataformas³ posibilita arrendar una vivienda con fines turísticos, rigiéndose el contrato por la libertad contractual, dada su exclusión de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos⁴ (en adelante,

¹ Vid. en LASSALLE, J. M., (2019), *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Barcelona, Arpa Editores, la revolución que han supuesto las plataformas P2P en las sociedades liberales contemporáneas.

² ROMÁN MÁRQUEZ, A., (2014), “Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 6, pág. 5.

³ *Airbnb*, *Booking*, *Home Away*, *Wimdu* o *Niumba* son las plataformas que operan actualmente en España.

⁴ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25/11/1994).

LAU), y sin que, *a priori*, se tenga que constituir una empresa para ello, con el consiguiente ahorro de gastos (de inversión, fiscales, etc.).

Las facilidades, comodidad y ahorro que suponen estas plataformas, que llegan a un número ingente de posibles clientes, han provocado que la oferta y la demanda haya aumentado de forma exponencial en pocos años. Asimismo, el comienzo de la crisis de 2008 coadyuvó a que gran parte del sector inmobiliario se recondujera hacia esta actividad; lo que dio un definitivo impulso a esta novedosa modalidad de alojamiento turístico.

En la presente monografía analizaremos diferentes posibilidades que tiene la comunidad de propietarios a su alcance para actuar frente a los menoscabos ocasionados por las VUT. Son cuestiones que no han sido pacíficas ni para la jurisprudencia ni para la doctrina por lo complejo que resulta conjugar el adecuado equilibrio de los diferentes intereses que confluyen en la propiedad horizontal.

Para ello, el cuerpo del trabajo se divide en varios bloques. En primer lugar, para dilucidar el alcance de los problemas que generan o pueden generar las VUT como actividad, se tratará de objetivar dicha problemática y las consecuencias que tiene en el Derecho civil (II), y, en el siguiente apartado, la necesidad de respuesta por parte del legislador (III). A continuación, con el fin de responder a la fundamental cuestión de qué es una VUT, se analizará tanto su naturaleza jurídica como el posible régimen aplicable, empleando para ello el análisis de las diferentes figuras afines (IV). Como parte fundamental de este trabajo, se procurará establecer cuáles son las vías que ofrece el ordenamiento jurídico para que la comunidad de propietarios pueda actuar frente a las VUT (V). Por último, se incluirá la síntesis que se haya colegido a partir de cada bloque, formulando las conclusiones finales.

Para la elaboración de la presente monografía se han consultado los manuales de referencia en la materia, estudiando los criterios seguidos

por la mayoría de doctrina y jurisprudencia. Por razones de espacio, hemos tenido que priorizar el análisis del ordenamiento jurídico estatal y abstenernos de analizar normativas territoriales, que, sin embargo, sí analizan la gran mayoría de autores aquí referenciados.

II. PROBLEMÁTICA GENERAL

En las VUT confluyen distintos y, muy a menudo, opuestos intereses en distintos ámbitos que han dado lugar a una gran controversia:

1. Uno de los problemas que más se ha destacado es el encarecimiento que ha producido en núcleos urbanos, tanto en el precio de la vivienda como en el alquiler. El alquiler turístico acapara una gran parte del mercado arrendaticio en cascos históricos, con el consiguiente descenso de oferta y aumento de precio en el alquiler a largo plazo, problema que en muchos casos se ha extendido al mercado de viviendas en propiedad. Así lo reconoce la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler⁵ (en adelante, Real Decreto-ley 7/2019)⁶.
2. La saturación de turistas, aunque puede tener un impacto positivo en la economía y en el empleo, ha convertido los cen-

⁵ Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (BOE n° 55, de 05/03/2019).

⁶ Dice su exposición de motivos que «se observa que el incremento de los precios del mercado de la vivienda ha sido particularmente intenso en entornos territoriales de fuerte dinámica inmobiliaria caracterizados por una mayor actividad turística desarrollada sobre el parque de viviendas existente... [...] aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas P2P incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad».

tros históricos en lugares poco apetecibles para vivir, incluso para sus propios residentes. Se trata de un fenómeno no exclusivo de España. Cascos históricos de ciudades como San Sebastián, Barcelona o Sevilla, o Venecia, París o Londres, se han visto convertidos prácticamente en «parques temáticos» y colapsados por este fenómeno al que se ha llamado «gentrificación»⁷, frente al que se ha pretendido reaccionar para conseguir, al menos, lo que se ha llamado desarrollo o turismo sostenible⁸.

3. Se ha denunciado la competencia desleal y el intrusismo, cuando no el empleo de economía sumergida y clandestinidad con que muchos de estos establecimientos actúan⁹, frente al estricto cumplimiento de normas y estándares de calidad de los establecimientos hoteleros reglados¹⁰.

⁷ BUTLER, T., (2007), “Gentrificación”, en Gordon, I., (Coord.), *Ciudades en transformación; reconsideración de la competitividad, la cohesión y la gobernabilidad urbanas*, Dirección General de Urbanismo y Estrategia Territorial, págs. 157-171.

⁸ En abril de 1995, se adoptó la Carta del Turismo Sostenible en la Conferencia Mundial de Turismo Sostenible en Lanzarote, los días 27 y 28 de abril, con la formulación de quince principios para conseguir la sostenibilidad. También se ha pronunciado a este respecto la Organización Mundial del Turismo (en adelante, OMT) en su publicación «Turismo en el año 2100». Y en esto mismos términos se expresan los representantes de la Organización de las Ciudades del Patrimonio Mundial (en adelante, OCPM) en el documento denominado «Llamamiento de Évora a favor de un desarrollo turístico preocupado en salvaguardar la vitalidad y el carácter de las ciudades históricas» (20 de septiembre de 1997). Instituciones supranacionales como la UNESCO, Consejo de Europa, OCPM, OMT han ido incorporando en sus resoluciones distintas referencias al principio de sostenibilidad y poniendo de manifiesto la necesidad de modificar los modelos de gestión del turismo en las ciudades históricas.

⁹ *Vid.* la siguiente noticia de prensa: <https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20191207/472078235765/pisos-turisticos-medidas-ciudades-barcelona.html>.

¹⁰ MURGA FERNÁNDEZ, J. P., (2019), “Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: status quaestionis y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 775, pág. 2.223.

4. Y, en lo que ahora más nos interesa, las VUT son objeto de rechazo por las comunidades de propietarios, debido a que habitualmente suponen actividades molestas y un uso excesivo en los elementos comunes de la propiedad horizontal. Y no sólo se trata de perjuicios en los elementos materiales de la comunidad, sino un menoscabo en el natural sosiego de la vecindad¹¹, que podrían llegar a considerarse una vulneración al derecho constitucional a la intimidad e inviolabilidad del domicilio (*ex art. 18 de la Constitución Española*¹² –en adelante, CE–) y, en definitiva, al «derecho de vivir en paz»¹³.

¹¹ «El informe Exceltur (2015) ha determinado que las mayores incomodidades para los vecinos del inmueble en propiedad horizontal generadas por una vivienda turística son: a) unos niveles de ruido para el 82% de las asociaciones de vecinos entrevistadas perturban el descanso de los residentes; b) una mayor necesidad de limpieza en el 67% de los casos, por la mayor presión de uso de los espacios comunes; c) los inconvenientes percibidos por el 42% de residentes derivados de la pérdida de seguridad por la reiterada puesta a disposición de las llaves de la puerta de entrada de cada finca y de su parking a terceras personas desconocidas; d) los problemas de mantenimiento derivados de la mayor rotación que las cortas estancias introducen sobre el uso de las zonas comunes, con un mayor desgaste de las mismas para el 75% de los vecinos; e) la pérdida de la familiaridad y proximidad que está implícita en la convivencia vecinal. También... [...]: f) una mayor congestión ciudadana derivada del elevado volumen que supone esta población turística flotante que se aloja en este tipo de alojamientos; g) una mayor carga de tráfico por los mayores desplazamientos generados por la población flotante; y h) la tendencia a la desvalorización de los elementos de identidad de la vida de barrio por la pérdida de población residente habitual, que se refleja en una fuga de bares y pequeños comercios locales, según denuncian el 58% de las asociaciones de vecinos» (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., (2018), «El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 765, pág. 499).

¹² Constitución Española (BOE núm. 311, de 29/12/1978).

¹³ En este sentido la STEDH de 9 de noviembre de 2010 (Deés c. Hungría) viene a imponer a los Estados la adopción de medidas que impidan la vulneración de estos derechos. Dicha sentencia del TEDH condena a Hungría por vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la inviolabilidad e intimidad domiciliaria

III. LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA

3.1. Insuficiencia de la normativa anterior

No es extraño que las controversias existentes y los intereses contrapuestos hayan provocado que, tanto por la sociedad como por el mundo jurídico¹⁴, se plantee la necesidad de una regulación específica¹⁵, pues las normas anteriores a este fenómeno del Código Civil¹⁶ (en adelante, CC), la LAU y la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal¹⁷ (en adelante, LPH) se han mostrado insuficientes.

No obstante, en contra de regular las VUT se ha argumentado que: a) su regulación es una iniciativa auspiciada por el *lobby* hotelero con la pretensión de eliminar la competencia; b) es desproporcionado exigir a las VUT unos servicios y estándares de calidad similares a los establecimientos tradicionales, pues los particulares no tienen la capacidad económica ni de gestión necesarias; c) las VUT coexisten sin problemas con los residentes y las molestias son meras excepciones; y d) la regulación

como consecuencia de la contaminación acústica derivada del tráfico rodado de carretera cercana al domicilio del demandante, El TEDH da por supuesto la insuficiencia de las medidas adoptadas por el Estado por la superación del ruido de los niveles establecidos en la propia normativa del Estado.

¹⁴ A modo ilustrativo, muchas administraciones públicas han tratado de regular las VUT a fin de evitar algunos de los problemas arriba referidos. Ello no obstante, en muchas ocasiones ha tenido respuestas negativas por parte de los tribunales por razones de limitar la libre competencia (*vid.*, para el caso, una sentencia reciente que anula la ordenanza aprobada por el Ayuntamiento de San Sebastián: STSJ del País Vasco nº 1/2020 [Rec. 441/2018]).

¹⁵ *Vid. ROMÁN MÁRQUEZ, A.,... op. cit.*, págs. 6-10; y MAGRO SERVET, V., (2017), “Sobre la necesaria unificación en la regulación legal del alquiler vacacional y normativa autonómica”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 1.

¹⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (*Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25/07/1889).

¹⁷ Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (BOE nº 176, de 23/07/1960).

restrictiva de las VUT, o su limitación o prohibición, supone un ataque contra los principios de libre mercado y libre competencia.

Sin embargo, a favor de la regulación de las VUT se han dado otros importantes argumentos, como que: a) eleva las exigencias de calidad de la oferta turística; b) dado el carácter de consumidores que tienen los turistas, adquiere más sentido regularlas con normas más restrictivas que la mera libertad *inter partes* del CC, previniendo posibles abusos; c) la necesidad por parte de las administraciones públicas de regular el flujo de los visitantes alojados; y d) muchas de las VUT son clandestinas y no tributan ni contribuyen al sostenimiento de los servicios públicos.

De lo expuesto, resulta evidente que, pese a los argumentos en contrario, la regulación de las VUT parece más que necesaria y exigible a los poderes públicos¹⁸.

3.2. La competencia autonómica

El art. 148.1.18.^a CE dispuso que «las Comunidades Autónomas [en adelante, CCAA] podrán asumir competencias en materia de promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial»; y, a partir de este precepto, todas las CCAA han recogido esta competencia en sus Estatutos de Autonomía, surgiendo en todas las CCAA la inquietud de aprobar una norma de rango de Ley que ordene el turismo de una forma global.

Hoy día, todas las CCAA tienen normativas específicas en materia de VUT¹⁹, recién aprobadas en algunos casos²⁰, si bien, limitada a los as-

¹⁸ Así, *vid.* la doctrina derivada de la STEDH de 9 de noviembre de 2010 a la que antes se ha hecho mención.

¹⁹ Las CCAA que regulan el alquiler de viviendas privadas con fines turísticos son: Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Galicia, Islas Baleares, Islas Canarias, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco y Valencia.

²⁰ Es el caso del Decreto n.º 256/2019, de 10 de octubre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia (BORM núm. 242 de 19 de octubre de 2019).

pectos regulatorios a los que se limita su competencia legislativa, pues la Comunidad Autónoma no es competente para la regulación de aspectos civiles en los territorios en que la competencia en materia de legislación civil es exclusivamente estatal (art. 149.1. 8ª CE)²¹.

²¹ La doctrina ha debatido de manera profusa sobre cómo quedaría el reparto competencial entre el Estado y las CCAA desde la Ley 4/2013. Nosotros coincidimos con la postura que sostienen SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A., (2018), “La cesión de viviendas con fines turísticos: Concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G., (Dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid, Editorial Reus, págs. 156-160, quienes afirman que «la conclusión no puede ser otra que determinados legisladores autonómicos (los de aquellas CCAA sin competencias en materia de Derecho civil), si bien son competentes para regular la actividad (económica) de alojamiento turístico, no lo son, en cambio, para regular las obligaciones que genera dicha actividad entre particulares. Y es que, de conformidad con lo establecido en el art. 149.1.8.ª CE, la regulación del contenido del contrato de alojamiento turístico o vacacional celebrado entre el titular del alojamiento turístico o vacacional y el usuario del mismo es, en principio, de competencia estatal, por tratarse de una materia de indudable naturaleza contractual, que produce efectos *inter privados*» (vid. en este sentido las SSTC 28/2012, de 1 de marzo [Ref. Aranzadi 2012/28], y 18/2016 de 4 de febrero [Ref. Aranzadi 2016/18]). Asimismo, MESA MARRERO, C., (2019), “Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, págs. 7-35, apoya esta tesis de manera contundente: «El Tribunal Constitucional deja claro que las Comunidades Autónomas, con base en el título competencial sobre turismo no pueden entrar a regular cuestiones netamente civiles como son las relaciones contractuales entre particulares». En el mismo sentido abogan MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, págs. 2.227-2.228, CAMPUZANO TOMÉ, H., (2015), “El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 749, págs. 1.211-1.213, y FERNÁNDEZ PÉREZ, N., (2018), *El alojamiento colaborativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 156). Sin embargo, existen voces que interpretan que la competencia legislativa en materia de viviendas turísticas descansa en las CCAA (cfr. PACHECHO JIMÉNEZ, M. J., (2016), “La web 2.0 como instrumento esencial en la economía colaborativa: auge de negocios de dudosa legalidad”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 17, págs. 78-79; JARNE MUÑO YZ, P., (2016), “El consumo colaborativo en España: Experiencias relevantes y retos de futuro”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 17, pág. 67).

Dichas normativas son muy variadas²². No obstante, aunque sin entrar en el detalle²³, destacaremos una exigencia que comparten todas las CCAA en sus respectivas normativas: la necesidad o requisito imprescindible de que las VUT presten servicios adicionales más allá de suministros esenciales²⁴, lo cual es determinante para analizar la naturaleza jurídica del contrato, como veremos más adelante.

Por otra parte, todas las normativas autonómicas han regulado la distinción entre las «viviendas turísticas» y «viviendas de uso turístico» (VUT)²⁵. A pesar de ser términos similares, para la doctrina contienen diferencias significativas: las viviendas turísticas «vienen a ser los típicos apartoteles»²⁶, ubicadas «en la totalidad de un edificio o, al menos, en

²² A estos efectos, GUILLÉN NAVARRO, N. A., (2018), “Ámbito objetivo del contrato de alojamiento turístico: ¿Qué viviendas se pueden arrendar?”, *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid, Editorial Reus, págs. 245–256, parangona las distintas normativas autonómicas respecto de cinco notas características que se repiten (con diferente resultado) en las variadas normativas: a) habitualidad y precio; b) comercialización y canales de oferta turística; c) cesión mínima y máxima; d) cesión de la vivienda completa y cesión por estancias; e) exclusiones.

²³ Para mayor detalle de la situación normativa en materia de viviendas normativas *vid.* DEL BUSTO, E., CEBALLOS MARTÍN, M. M., y PÉREZ GUERRA, R., (2019), “Marco normativo de los apartamentos y viviendas de uso turístico en España”, *Journal of Tourism Analysis: Revista de Análisis Turístico*, vol. 26, nº 1.

²⁴ «El análisis de la normativa autonómica que ordena la actividad alojativa en viviendas de uso turístico pone de manifiesto que la cesión de este tipo de inmuebles conlleva siempre la prestación de servicios adicionales que no se limitan a los suministros de agua, electricidad y, en ocasiones, de calefacción o refrigeración; en la mayor parte de los casos se exige la atención telefónica permanente a los usuarios; en muchos de ellos se imponen los servicios de mantenimiento y asistencia y, en unos pocos, el de limpieza o el de camio de lencería» (SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.,... *op. cit.*, pág. 182).

²⁵ *Vid.* MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, págs. 2.224–2.225.

²⁶ *Ibid.*, pág. 2.225.

una parte independizada del mismo»²⁷, en las que hay un importante grado de prestación de servicios (servicio de conserjería, de restauración...); mientras que las VUT son simplemente pisos sujetos al régimen de propiedad horizontal que se destinan al uso turístico. Sin embargo, las nuevas normativas autonómicas están obligando a que las propias VUT deban prestar servicios adicionales (aunque todavía disten de los ofrecidos por las viviendas turísticas). Motivo por el que ambos conceptos cada vez están acercándose más.

3.3. Real Decreto-ley 7/2019

El Real Decreto-ley 7/2019 modifica preceptos de la LAU y la LPH y entra en aspectos civiles, cuya regulación se había hecho urgente y necesaria y para la que la legislación autonómica no era competente con carácter general. Las modificaciones que dicho Real Decreto-ley contiene y que afectan a las VUT son las siguientes:

1. Modificación de la LAU: En el título I recoge una precisión técnica en la exclusión del ámbito de aplicación de la LAU de la cesión temporal del uso que comporta la actividad de las denominadas viviendas de uso turístico, suprimiendo la limitación de que éstas deban ser necesariamente comercializadas a través de canales de oferta turística que resulte de aplicación²⁸.
2. Modificación de la LPH: En el título II se modifica la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad,

²⁷ CABEZUELO ARENAS, A. L., (2018), “Edificios sometidos a propiedad horizontal y arriendo turístico de pisos: tres vías de prevención y/o defensa de la Comunidad frente a una actividad potencialmente molesta”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, págs. 3-4.

²⁸ De esta manera, la letra e) del art. 5 LAU, en su nueva redacción, amplía el requisito de que la vivienda sea comercializada o promocionada en canales de oferta turística, añadiéndole a éste «cualquier otro modo de comercialización o promoción».

o establecer cuotas especiales o incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda, «en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de esta actividad y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial»²⁹.

IV. NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

La complejidad de la cuestión queda de manifiesto en el debate doctrinal existente³⁰, debido, fundamentalmente, a dos razones: a) lo variopinto que puede llegar a ser el contenido de este tipo de contratos³¹; y

²⁹ Así las cosas, se introduce un nuevo apartado 12 en el art. 17 LPH con la siguiente redacción: «el acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos».

³⁰ *Cfr.* SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.,... *op. cit.*, págs. 147-189; MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, págs. 2.225-2.228; CAMPUZANO TOMÉ, H.,... *op. cit.*, págs. 1.202-1.227.

³¹ Como señala MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.225, en virtud de ello este tipo de contratos pueden «ajustarse a distintos moldes de contratos de carácter típico y atípico (fundamentalmente, contrato de arrendamiento de temporada, contrato de hospedaje en los casos en que se presten servicios complementarios al mero alojamiento) [...] En efecto, nos encontramos ante contratos cuyo contenido puede variar enormemente, pues en ocasiones ofrecerán el mero alojamiento de una vivienda o habitación y en otras vendrán acompañados de servicios complementarios diversos, como el desayuno, la limpieza diaria, asesoramiento turístico, etcétera».

b) la diversidad y heterogeneidad de normas que regulan esta modalidad contractual, particularmente tras la reforma que de la LAU hizo la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas³² (en adelante, Ley 4/2013). En este sentido, observamos, de un lado, que el concepto de VUT se ha ido formando en nuestro ordenamiento jurídico mediante combinación de diferentes figuras afines, sin una regulación *ad hoc*³³, y, de otro, que la actividad legislativa, aunque ha sido profusa en este campo, ha ido a remolque de los distintos problemas que han ido surgiendo en los últimos años. No es de extrañar que, para gran parte de la doctrina, el resultado no haya sido satisfactorio³⁴.

Dentro de esa amalgama de normativas, trataremos de definir el régimen jurídico aplicable de las VUT, observando la normativa existente y las diferentes figuras afines.

4.1. El arrendamiento de cosas

La primera figura jurídica en la que tiene cabida la VUT es el arrendamiento de cosas³⁵ (art. 1.543 CC), definido como aquél por el que

³² Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013, págs. 42.244-42.256).

³³ MORENO-TORRES HERRERA, M. L., (2018), “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G., (Dir.), (2018), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid, Editorial Reus, pág. 208.

³⁴ CAMPUZANO TOMÉ, H.,... *op. cit.*, págs. 1.201-1.206.

³⁵ Concretamente, en referencia a la previsión del CC sobre este tipo de contratos, MORENO-TORRES HERRERA, M. L.,... *op. cit.*, pág. 192. afirma que «dentro de las “Disposiciones especiales para el arrendamiento de predios urbanos”, hay dos normas que revelan con toda la claridad que, ya en el momento de publicación del CC, se tuvo en cuenta que la cesión a un tercero del disfrute de un inmueble podía realizarse por periodos de tiempo extremadamente breves, lo que por pura lógica, va acompañado de la cesión del mobiliario». Se refiere,

«una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o el uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto»³⁶, y que estaría regido por el principio de autonomía de la voluntad³⁷. No obstante, la singularidad que puede llegar a tener la cosa arrendada ha dado pie a diferentes normativas que regulan las especificidades de cada cual; en nuestro caso particular, al ser la VUT un arrendamiento urbano, vendría regida, en principio, por la LAU, aunque, como veremos, actualmente no es así.

4.2. El arrendamiento de temporada

La LAU establece una diferenciación entre dos conceptos: arrendamiento de vivienda y arrendamiento para uso distinto del de vivienda³⁸ (incluyendo dentro de este último al arrendamiento de temporada³⁹, que

en particular, a los arts. 1.581 CC –que alude al arrendamiento de predios urbanos pactado por meses o incluso por días– y 1.582 CC –relativo al «arrendador de una casa, o de una parte de ella, destinada a la habitación de una familia» [...], que «arrienda también los muebles»–.

³⁶ *Vid.* para la determinación del concepto de arrendamiento de cosas Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., (2018), *Sistema de Derecho Civil; Volumen II; (Tomo 2); Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, Editorial Tecnos, págs. 88-104.

³⁷ Al fin y al cabo, la VUT no es más que la cesión, durante una temporada y a cambio de precio, del uso de una vivienda amueblada y equipada.

³⁸ Precisamente, el art. 3.1 LAU define al arrendamiento para uso distinto del de vivienda negativamente respecto del arrendamiento de vivienda (art. 2 LAU); en efecto, apunta que «se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior».

³⁹ El art. 3.2 LAU establece que, en especial, tendrán consideración de arrendamientos para uso distinto del de vivienda (y sin que sea *numerus clausus*), entre otros, «los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra». En el mismo sentido señala MORENO-TORRES HERRERA, M. L.,... *op. cit.*, pág. 193, cuando afirma que «partimos del hecho de que en el ordenamiento español no existe una regulación específica para los arrendamientos de bienes inmuebles de temporada, los cuales se contemplan por las leyes como una modalidad de arrendamiento para uso

es el que nos ocupa). El criterio para la diferenciación es el uso al que se destina la cosa arrendada⁴⁰ (satisfacer, en el primer caso, una necesidad permanente de vivienda –art. 2 LAU–, o bien, en el segundo supuesto, satisfacer una necesidad no permanente de vivienda –art. 3 LAU–). Dicha diferenciación permitió, pues, excluir al arrendamiento de temporada de la regulación contemplada en la LAU⁴¹, quedando regido por la voluntad *inter partes* (sin perjuicio de lo establecido en el art. 4.1 LAU⁴²).

distinto del de vivienda, quedando sometidos, en principio, a la libertad de pacto, a diferencia de lo que ocurre con el arrendamiento de vivienda».

⁴⁰ BOTELLO HERMOSA, J. M., (2016), “Los arrendamientos por temporada en la ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 756, págs. 1.963-1.964.

⁴¹ Según MORENO-TORRES HERRERA, M. L.,... *op. cit.*, pág. 192, «es lógico que tales arrendamientos queden excluidos de la normativa especial, que es una normativa protectora del inquilino, prevista para el caso en que el objeto del contrato sea su vivienda habitual [...]. Es la finalidad protectora que inspira desde sus inicios la normativa reguladora del arrendamiento de vivienda, cuyo fundamento último se encuentra actualmente en el art. 47 de la Constitución Española (BOE núm. 311, de 29/12/1978). [...] Otra cosa es que la regulación de los arrendamientos para uso distinto de vivienda esté incluida en el mismo texto legal que los arrendamientos de vivienda, tal y como ocurre actualmente, lo que ha sido objeto de crítica por algunos autores». A estos efectos *vid.* YUFERA SALES, P. L., (2000), *Arrendamientos urbanos; Análisis práctico de la normativa aplicable, sistematizada por conceptos*, Barcelona, Editorial Bosch, pág. 64; y también en el mismo sentido a MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, págs. 2.229-2.235; y BOTELLO HERMOSA, J. M.,... *op. cit.*, págs. 1.965-1.966.

⁴² En virtud del art. 4.1 LAU, los arrendamientos de temporada (junto a los demás previstos en el art. 3 LAU) «también se someterán de forma imperativa a lo dispuesto en los Títulos I y IV de la misma», esto es, a las Disposiciones comunes, relativas a la fianza (art. 36) y formalización del contrato (art. 37). A este respecto *vid.* MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, págs. 2.229-2.230. No obstante lo cual, parece claro que para la doctrina «el rasgo más característico del arrendamiento de temporada, y también del resto de los arrendamientos para uso distinto de la vivienda, a cuya categoría pertenece aquél (art. 3 LAU), es el amplio juego del principio de autonomía de la voluntad» (MORENO-TORRES HERRERA, M. L.,... *op. cit.*, pág. 193).

O sea, el arrendamiento de temporada, tras la entrada en vigor de la Ley 4/2013⁴³ que lo excluyó de la LAU, es y se rige por las normas generales del arrendamiento de cosas y no por la LAU.

En consonancia con lo anterior, y según resulta de lo dispuesto en el art. 3.2 LAU, la doctrina ha concluido que el arrendamiento de temporada tiene como notas características: «el amplio juego del principio de la voluntad»⁴⁴, la finalidad⁴⁵, y la habitabilidad⁴⁶.

4.3. El arrendamiento de vivienda vacacional

Tras la Ley 4/2013, se introdujo el art. 5.e) en la LAU, cuyo texto excluye de la LAU las cesiones de uso temporal de viviendas que contem-

⁴³ Por ejemplo, los diferentes tipos de arrendamientos a los que da cabida el régimen jurídico de los arrendamientos de temporada (art. 3.2 LAU) son, a saber, los arrendamientos de segunda residencia, los arrendamientos por temporada académica o los arrendamientos por temporada vacacional cuando éstas no cumplan los requisitos del art. 5.e) LAU (*vid.* BOTELLO HERMOSA, J. M.,... *op. cit.*, págs. 1.972-1.973).

⁴⁴ MORENO-TORRES HERRERA, M. L.,... *op. cit.*, pág. 193.

⁴⁵ «El requisito de la temporalidad de la ocupación guarda relación, no con el plazo de duración simplemente cronológico, sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento determinante de su ocupación» (STS, n.º 1074/1999 de 15 de diciembre [Ref. Aranzadi 1999/9352]). La doctrina jurisprudencial así lo ha declarado en reiteradas ocasiones: SSTs de 17 diciembre 1960 (Ref. Aranzadi 1960/3807), 8 febrero 1962 (Ref. Aranzadi 1962/948), 30 marzo 1974 (Ref. Aranzadi 1974/1210), 4 febrero 1975 (Ref. Aranzadi 1975/328) y 30 junio 1976 (Ref. Aranzadi 1976/3199). Por otra parte, ha habido un gran debate doctrinal acerca de si la temporalidad puede o no considerarse como rasgo característico del arrendamiento de temporada (*vid.* BOTELLO HERMOSA, J. M.,... *op. cit.*, págs. 1.967-1.968). Nosotros concordamos con BOTELLO HERMOSA en que lo característico del arrendamiento de temporada es más la finalidad que su duración, pues lo que lo diferencia de los arrendamientos de vivienda (art. 2 LAU), no es tanto la temporalidad, como el uso al que será destinado, que será para satisfacer necesidades de vivienda no permanentes.

⁴⁶ *Ibid.*, págs. 1.968-1.971.

plen de manera cumulativa los siguientes requisitos⁴⁷: a) que la vivienda esté amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato; b) que la cesión de la vivienda sea total, c) que se comercialice o promocione en canales de oferta turística o por cualquier modo de comercialización o promoción⁴⁸; d) que dicha cesión lo sea con finalidad lucrativa; y e) que la cesión de uso así ofertada y comercializada esté sometida a un régimen específico de la normativa sectorial turística de las CCAA⁴⁹.

⁴⁷ *Cfr.* para mayor concreción CAMPUZANO TOMÉ, H.,... *op. cit.*, págs. 1.202-1.235; SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.,... *op. cit.*, págs. 156-163; y BOTELLO HERMOSA, J. M.,... *op. cit.*, pág. 1.979.

⁴⁸ Este requisito ha sido polémico en la doctrina en tanto que la mayoría ha interpretado que era excluido todo arrendamiento de temporada para uso vacacional ofertado o promocionado en canales de oferta turística (*cf.* BERROCAL LANZAROT, A. I., (2013), “Primeras reflexiones sobre la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas”, *Actualidad Civil*, n° 7, págs. 842-846; GONZÁLEZ CARRASCO, C., (2013), “El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 6, págs. 180-181; COSTAS RODAL, L., (2013), “Principales novedades introducidas en la LAU/94 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n° 6); por el contrario, afirma CAMPUZANO TOMÉ, H.,... *op. cit.*, págs. 1.208-1.229, que «el alcance real de la exclusión solo puede precisarse poniéndolo en relación con la normativa autonómica turística de distintas CCAA», dado que «de ser así, el legislador estatal estaría invirtiendo al requisito de la oferta o promoción del contrato a través de canales turísticos con potestad suficiente para transformar un contrato de arrendamiento de temporada de naturaleza civil en un contrato de alquiler turístico. Tal potestad no le compete al legislador central porque ha sido transferida a las CCAA».

⁴⁹ Este parece ser para la doctrina el requisito más decisivo a la hora de determinar la exclusión del art. 5.e) LAU (*vid.* el razonamiento de la nota anterior). Lo que implica que sólo regirá dicha exclusión en aquellas CCAA que hayan legislado al respecto. En efecto, en palabras de SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.,... *op. cit.*, pág. 157, «dicha exclusión opera sólo en el caso en que dicho contrato quede sometido a una legislación sectorial específica, que, por definición, solo puede provenir de las CCAA con competencia en materia turística y, en su caso, de protección de los consumidores y usuarios»; por lo que, tal y como señala MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.227, en

Es decir, contemplaba una exclusión específica⁵⁰ de la LAU para aquellos arrendamientos de vivienda vacacional que cumplieran los requisitos del precepto, estableciendo una remisión a la normativa sectorial (que, en virtud del art. 148.1.18.^a CE es competencia de las CCAA). Obsérvese que, como indica el último requisito referido del art. 5.e) LAU, dicha exclusión sólo opera en el supuesto en que las CCAA hayan legislado al respecto⁵¹.

aquellas CCAA «en las que no exista tal normativa reglamentaria, se seguirán aplicando las disposiciones de la LAU sobre arrendamiento para uso distinto de vivienda». Se pronuncia en el mismo sentido CAMPUZANO TOMÉ, H.,... *op. cit.*, pág. 1.208, «no puede interpretarse el precepto, como ha hecho la mayor parte de la doctrina [*vid.* la nota 48 cuando se refiere a la doctrina mayoritaria] en el sentido de que el legislador con la modificación haya dejado sometidos a la legislación turística de las CCAA los contratos de arrendamiento temporal ofertados y comercializados en canales de oferta turística, sino que lo que el legislador está diciendo expresamente es que quedarán a ella sujetos solamente aquellos que tengan acogida en el ámbito de aplicación de la normativa sectorial turística».

⁵⁰ Exclusión polémica para parte de la doctrina en tanto que no se justifica tal limitación de la libertad dominical (GONZÁLEZ CARRASCO, C.,... *op. cit.*, n.º 6, pág.181). No obstante lo cual, para CAMPUZANO TOMÉ, H.,... *op. cit.*, págs. 1.205-1.206, sí está justificada la reforma, pues los contratos excluidos «no son los arrendamientos de temporada para uso vacacional comercializados mediante canales turísticos –los cuales seguirán siendo civiles– sino los ofrecidos por estos medios que incluyan servicios complementarios propios de la industria hotelera tales como, por ejemplo, limpieza, lavado de ropa... [...]». Siendo «éstos los que pudieran generar situaciones de intrusismo y competencia desleal para los alojamientos hoteleros y los que, por estar sometidos a un régimen específico en la normativa sectorial turística de las distintas CCAA, han de quedar excluidos del ámbito de aplicación de la LAU». En el mismo sentido se pronuncian MURGA FERNÁNDEZ, J. P., y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. Á., (2018), “La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid, Editorial Reus, págs. 63-66.

⁵¹ En virtud de lo cual, la Ley 4/2013 estableció dos posibles regímenes jurídicos para los arrendamientos de vivienda vacacional mientras hubiera CCAA sin normativa al respecto: uno para viviendas sitas en CCAA con normativa específica en materia de VUT, y otra para viviendas sitas en CCAA sin normativa específica. Como a día de hoy todas las CCAA disponen de normativas específicas, los únicos lugares donde no opera la exclusión del art. 5.e) LAU es en Ceuta y Melilla, que seguirán rigiendo por la LAU, den-

En conclusión, el régimen jurídico aplicable a la mayoría de las VUT es la normativa sectorial de las CCAA, sin perjuicio de aquellas VUT que no cumplan lo contemplado en el art. 5.e) LAU o de otras figuras inusitadas que pudieran dar cabida a éstas⁵².

En este sentido, como las CCAA exigen la prestación de servicios adicionales⁵³, a diferencia de los arrendamientos de temporada, la doctrina ha determinado que la naturaleza jurídica de los contratos de VUT es la de un contrato de hospedaje⁵⁴ (contrato atípico y mixto⁵⁵ en el que,

tro del concepto de arrendamientos de temporada (SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.,... *op. cit.*, pág. 163).

⁵²Verbigracia, la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (BOE nº 162, de 07/07/2012), en su art. 23.6 hace una tímida mención a los arrendamientos vacacionales de temporada, que serán aquéllos mediante los cuales no se constituya ni comercialice derecho real alguno sobre la vivienda vacacional, y aquéllos en los que «la cesión temporal tenga por objeto más de una temporada o una duración contractual superior a un año, esto es, que la ocupación tenga un carácter discontinuo pero cíclico con cierta durabilidad» (*cf.* SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.,... *op. cit.*, pág. 165; BOTELLO HERMOSA, J. M.,... *op. cit.*, págs. 1.982-1.983; CARRASCO PERERA, Á., (2012), “Tipos contractuales y modos de elusión en el sistema español de multipropiedad”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 3/2012, pág. 49).

⁵³ «A diferencia de lo exigido en la vieja legislación arrendaticia, dichos servicios complementarios no consisten, para la normativa turística, en la manutención del huésped, sino en la prestación tanto de los suministros básicos (luz, agua, calefacción) como de los servicios necesarios para el adecuado disfrute de la vivienda (recogida de basuras y, en ocasiones, limpieza)» SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.,... *op. cit.*, pág. 172.

⁵⁴ «La tipología en la que encaja el negocio celebrado entre las partes es el contrato de hospedaje» (SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.,... *op. cit.*, pág. 182). En el mismo sentido afirma CAMPUZANO TOMÉ, H.,... *op. cit.*, págs. 1.206, que «se trataría de contratos que persiguen una finalidad distinta de la implícita en la legislación especial de arrendamientos urbanos, y se caracterizan porque el arrendamiento es un medio para conseguir un fin distinto del de ceder el uso de una edificación por tiempo determinado a cambio de un precio».

⁵⁵ «Los contratos mixtos son aquellos que se cumplen fusionando o conjugando en un solo negocio prestaciones de dos o más negocios reconocidos por la ley [...]. Cuando todas o

además de ceder un alojamiento, se prestan algunos servicios adicionales), debido a que es un contrato con elementos del arrendamiento de cosas y el contrato de suministro⁵⁶.

V. POSIBLES ACTUACIONES DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS FRENTE A LASVUT

Las relaciones de vecindad proporcionan constantemente ocasiones de fricción, debido sobre todo a que el ejercicio del derecho de propiedad, o de cualquier otro derecho fructivo por su titular, a menudo lesiona o invade la esfera dominical de quien está en el fundo próximo⁵⁷. Este antiguo fenómeno, muy estudiado en nuestro Derecho, ha motivado la principal limitación del derecho de propiedad⁵⁸.

Como indica ALBALADEJO, «el derecho de cada dueño colindante a obrar de forma absolutamente libre en su propiedad produciría perturbaciones y molestias, a veces exageradas, al ocupante de la contigua, razón por la que, en beneficio de ambos, se restringe la libertad de cada uno respecto

algunas de las prestaciones características de dos o más contratos se encuentran en relación recíproca *coordinación*, tendremos un contrato mixto» (CASTAÑOS CASTRO, P., (2015), *Derechos y deberes de los consumidores en hoteles*, Madrid, Editorial Dykinson, págs. 19-40). *Vid.* en el mismo sentido CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J., (1956), *Tratado práctico de arrendamientos urbanos. Tomo I, Parte General*, Madrid, Editorial Reus, págs. 135-142.

⁵⁶ SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.,... *op. cit.*, pág. 182, argumentan que las VUT combinan prestaciones propias del contrato de arrendamiento de cosas con aquellas que son típicas del contrato de suministro en tanto que la totalidad de las normativas autonómicas imponen la prestación de servicios accesorios, más allá del mero alojamiento.

⁵⁷ ALONSO PÉREZ, M., (1983), “Las relaciones de vecindad”, *Anuario de derecho civil*, vol. 36, nº 2, págs. 357-395.

⁵⁸ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.,... *op. cit.*, págs. 497-498.

de la suya»⁵⁹. Para Díez-PICAZO, dichas exageradas molestias a las que se refería ALBALADEJO han de entenderse en «aplicación de la doctrina del abuso del derecho», puesto que «todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, caerá en el art. 7.2 CC»⁶⁰.

De ahí que la legítima limitación del derecho de propiedad, sustentándose en las relaciones de vecindad, haya dado pie al legislador para regular la posibilidad de restringir el derecho a la propiedad y, así, evitar el recurso a la genérica doctrina del abuso del derecho.

De esta suerte, las principales actuaciones que la comunidad de propietarios va a tener frente a la actividad de las VUT⁶¹ son la prevención de las posibles molestias de la VUT antes de que tales molestias surjan, prohibiendo su establecimiento; o, en caso de que no las hubiere prohibido, o si vinieran desarrollándose legalmente, el ejercicio de la acción de cesación, que se encuentra recogida en el art. 7.2 LPH, precepto que permite limitar el derecho de propiedad, primando el interés colectivo de la

⁵⁹ ALBALADEJO, M., (2016), *Derecho civil III; Derecho de bienes; duodécima edición*, Madrid, Editorial Edisofer, pág. 167.

⁶⁰ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., (2016), *Sistema de Derecho civil; volumen III; (Tomo 1); Derechos Reales en general. Posesión. Propiedad. El Registro de la Propiedad*, Madrid, Editorial Tecnos, pág. 150. A lo que le sigue el común de la doctrina (Cfr. DE PABLO CONTRERAS, P., (2016), *Curso de Derecho Civil (III); Derechos Reales*, Madrid, Editorial Edisofer, págs. 155-158; LASARTE, C., (2010), *Propiedad y derechos reales de goce; Principios de Derecho civil IV*, Madrid, Editorial Marcial Pons, pág. 56; LACRUZ BERDEJO, J. L., (2000), *Elementos de Derecho Civil, III, vol. I*, Madrid, Editorial Dykinson, pág. 269; CASTÁN TOBEÑAS, J., (1963), *Derecho civil español, común y foral, Tomo I, vol. 2, 10ª edición*, Madrid, Editorial Reus).

⁶¹ También se podrían ejercer, en su caso, acciones posesorias sumarias, mediante el juicio verbal, pero su dificultad práctica es evidente, tanto si se ejercitan contra el propietario como contra el huésped, pues este es ocupante durante una estancia muy corta (*vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.,... *op. cit.*, págs. 504-505).

comunidad, con fundamento en las clásicas instituciones de las relaciones de vecindad⁶² y la interdicción del abuso del derecho⁶³ (art. 7.2 CC).

A. Actuaciones de la comunidad ante las actividades o daños ya producidos

La LPH proporciona dos posibles vías para actuar frente a las VUT ya establecidas: la acción de cesación (art. 7.2 LPH) y el incremento de participación en gastos (art. 17.12 LPH).

1. La acción de cesación

La acción de cesación (art. 7.2 LPH) es un mecanismo mediante el cual la comunidad de propietarios⁶⁴ insta al infractor⁶⁵ para la inmediata

⁶² Tal y como hemos señalado anteriormente: «en la propiedad horizontal, donde las relaciones de vecindad entre los distintos propietarios de los pisos integrantes de los edificios son más intensas que en las propiedades independientes, la imposición de límites al ejercicio del derecho de propiedad sobre los elementos privativos resulta algo necesario y consustancial a esta modalidad de propiedad». Así, «para evitar el recurso a la genérica doctrina del abuso del derecho, [el legislador] ha regulado expresamente desde antiguo los límites que afectan a las facultades de uso de los propietarios sujetos a un régimen de propiedad horizontal, a través de la acción de cesación» (Cfr. MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.237; y ÁLVAREZ OLALLA, P., (2014), “Comentario al artículo 7.2 LPH”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Pamplona, Editorial Aranzadi, pág. 221).

⁶³ «El derecho de propiedad, como paradigma de los derechos subjetivos patrimoniales, reporta a su titular las más amplias facultades que, de acuerdo con el art. 348 CC, no encuentra más límites que los establecidos en las leyes. No obstante, más allá de la Ley, existen importantes límites intrínsecos al ejercicio de los derechos subjetivos, a saber, la buena fe y el abuso del derecho» (MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.237). *Vid.* en este sentido la nota nº 66 de *ibid.*, pág. 2.268.

⁶⁴ Quien requerirá la cesación al infractor será el presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes (art. 7.2 LPH).

⁶⁵ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.,... *op. cit.*, pág.505, apunta que en relación a las VUT, cuando el art. 7.2 LPH habla sobre «quien realice las actividades prohibidas», se refiere tanto al propietario de la vivienda como a los ocupantes no propietarios, con lo que la acción puede dirigirse a ambos. Empero, desde su punto de vista, carece de sentido

cesación de las actividades en cuestión, bajo el apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes⁶⁶.

1.1. *Actividades susceptibles de dar lugar al ejercicio de la acción de cesación*

El propio art. 7.2 LPH establece cuáles son las actividades por las cuales se podrá ejercitar la acción de cesación: a) actividades prohibidas en los estatutos; b) actividades dañosas; c) actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas; y d) actividades ilícitas.

Trataremos de analizar cada actividad a fin de determinar en qué consisten y observar si la actividad de las VUT puede calificarse como tales:

- a) **Actividades prohibidas en los estatutos:** La prohibición expresa de las VUT por parte de la comunidad de propietarios⁶⁷ (*ex art. 17.12 LPH*) la facultaría para el ejercicio de una ulterior acción de cesación si, no obstante la prohibición, la actividad se lleva a cabo.
- b) **Actividades dañosas:** Son aquellas que causan un menoscabo material o que entrañan un perjuicio económico para la finca⁶⁸; lo cual es consecuencia del incumplimiento de lo dis-

hacerlo frente a los ocupantes debido a que «la brevedad de su uso impide que pueda dirigirse una acción también frente a ellos». Por tanto, «sólo cabría interponerla frente al propietario de la vivienda turística, y no frente a los huéspedes».

⁶⁶ El procedimiento de la tramitación para seguir su ejercicio se detalla en los sucesivos apartados del art. 7.2 LPH. Además, se detallan las sanciones derivadas del incumplimiento de las prohibiciones.

⁶⁷ *Vid.* el apartado sobre la «Prohibición expresa en los estatutos de la comunidad de propietarios» de esta monografía.

⁶⁸ ÁLVAREZ OLALLA, P., (2014),... *op. cit.*, pág. 9.

puesto en el art. 9.1 a) y b) LPH⁶⁹. El rasgo característico de las actividades dañosas es que ya se ha producido el daño o se está produciendo desde su inicio⁷⁰.

- c) Actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas: A pesar de que la terminología de estas actividades es coincidente con la del art. 3 del derogado⁷¹ Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas⁷² (en adelante, Decreto 2412/1961), la doctrina⁷³ y la jurisprudencia⁷⁴

⁶⁹ SAN CRISTÓBAL REALES, S., (2009), “El juicio para la cesación de actividades prohibidas en el ámbito de la propiedad horizontal”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLII, págs. 66-67.

⁷⁰ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.,... *op. cit.*, págs. 500-501.

⁷¹ Si bien este Reglamento ha sido derogado por la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera (BOE n.º 275, de 16/11/2007), cabe advertir que como se dice en su Disposición Derogatoria Única: «el citado Reglamento [Decreto 2412/1961] mantendrá su vigencia en aquellas comunidades y ciudades autónomas que no tengan normativa aprobada en la materia, en tanto no se dicte dicha normativa».

⁷² Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (BOE n.º 292, de 7 de diciembre de 1961, págs. 17.259 a 17.271).

⁷³ *Cfr.* MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, págs. 2.239-2.240; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2018), “Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho”, *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid, Editorial Reus, págs. 351-352; y ÁLVAREZ OLALLA, P.,... *op. cit.*, págs. 242-243.

⁷⁴ La STC n.º 28/1999 de 8 de marzo de 1999, (Ref. Aranzadi 1999/28) consideró actividad molesta, en relación al art. 7.2 LPH, las amenazas, insultos y molestias que un vecino causaba a los demás de la misma comunidad, argumentando que la actividad molesta «es un concepto de puro hecho, al margen y con independencia del alcance y significación que pudiera tener o dársele en la esfera administrativa». En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 22 de noviembre de 1960 (Ref. Aranzadi 1960/3755), 14 de noviembre de 1984 (Ref. Aranzadi 1984, 5555) y de 14 de febrero de 1989 (Ref. Aranzadi 1989/834), entre otros (*vid.* MERINO ESPINAR, M. B., (2016), “Comentario de la sentencia

han establecido reiteradas veces que dichas actividades no se limitan a las definidas en el propio Decreto, pues se trata de conceptos jurídicos indeterminados, civiles y amplios. Así pues, «deberá ser el juez quien en cada caso valore la incidencia y consecuencias»⁷⁵ de cada actividad. Sin embargo, más allá de la casuística específica, dichas definiciones del art. 3 Decreto 2412/1961 siguen empleándose con un carácter orientativo para determinar cuáles son las actividades referidas en el art. 7.2 LPH⁷⁶.

- d) **Actividades ilícitas:** La ley no las define; pero se puede afirmar que son todas aquellas que violen las disposiciones imperativas del ordenamiento civil, administrativo o penal, y se desarrollen dentro de una vivienda en régimen de propiedad horizontal⁷⁷.

En virtud de lo anterior, la doctrina ha concluido⁷⁸ que las VUT son susceptibles de incardinarse en las actividades molestas, o incluso en las dañosas cuando se causen menoscabos materiales y económicos a la finca⁷⁹, sin perjuicio de que pudiera haber VUT ilícitas o estatutariamente

del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2013 (5067/2013)”, en Yzquierdo Tolsada, M., (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina. Civil y mercantil. Volumen 6. 2013-2014*, Madrid, Editorial Dykinson, págs. 547-548).

⁷⁵ MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.239.

⁷⁶ MERINO ESPINAR, M. B.,... *op. cit.*, pág. 548.

⁷⁷ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.,... *op. cit.*, pág. 501.

⁷⁸ *Vid.* MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.240; y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.,... *op. cit.*, pág. 501.

⁷⁹ Según la doctrina, las VUT no encajan en las actividades «insalubres, porque se trata normalmente de actividades que perjudican la salud humana, ni las nocivas, en cuanto no encajan bien en un entorno de propiedad horizontal de naturaleza urbana, ni las peligrosas, puesto que normalmente el alojamiento turístico nada tiene que ver con las actividades allí descritas» (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.,... *op. cit.*, pág. 501).

prohibidas. Pero estas últimas no son consustanciales a la actividad, sino a la coyuntura particular.

1.2. *Examen especial de las actividades de las VUT como actividades molestas*

Nos detenemos en el examen de las actividades molestas, por ser las únicas que pudieran considerarse molestas *per se*, y, en consecuencia, dar lugar al ejercicio de la acción de cesación.

Una actividad molesta es toda aquella que impida a los demás vecinos el adecuado uso de la finca o que incida seriamente en el natural sosiego de la vecindad⁸⁰. La jurisprudencia ha establecido unos requisitos para considerar una actividad como molesta⁸¹, a saber: a) que se dé una actividad; b) que la actividad sea incómoda y molesta para terceras personas; y c) que la molestia sea notoria y ostensible. Por otra parte, también ha determinado los criterios orientativos para fijar los límites de las actividades molestas⁸²: a) naturaleza del inmueble; b) condiciones del lugar; y c) el uso que se haga del inmueble por parte de quien explota turísticamente la vivienda.

Con arreglo a lo expuesto, durante los últimos años la jurisprudencia menor ha calificado reiteradas veces las VUT como actividad molesta⁸³;

⁸⁰ SAP de Salamanca n° 545/1997 de 16 de octubre (Ref. Aranzadi 1997/2029).

⁸¹ SSTS de 22 de diciembre de 1970 (Ref. Aranzadi 1970, 5625), de 8 de abril de 1965 (Ref. Aranzadi 1965, 2152), SAP de Salamanca n° 252/2000 de 4 de mayo (Ref. Aranzadi 2000/2306) y SAP de Barcelona n° 379/2015 de 9 de octubre (Ref. Aranzadi 2016/24), entre otras.

⁸² STSJ de Cataluña n° 17/2012 de 20 de febrero (Ref. Aranzadi 2012/10019), SSAP de Barcelona n° 95/2015 de 21 de mayo (Ref. Aranzadi 2015/166000), n° 259/2010 de 11 de marzo (Ref. Aranzadi 2010/367), n° 276/2013 de 16 de mayo (Ref. Aranzadi 2013/219327).

⁸³ En este sentido la SAP de Barcelona n° 63/2015 de 13 de febrero (Ref. Aranzadi 2015/74) ha dispuesto que la instalación de tres apartamentos turísticos en un bloque de propiedad horizontal es contraria a la convivencia normal de la comunidad, porque se ha probado que la explotación turística (en un edificio destinado a residencia) provoca unas

sobre todo, en base a hacer una analogía con la actividad de hospedaje. Esto es: en tanto «la jurisprudencia ha entendido tradicionalmente que el hospedaje es una actividad que resulta molesta en la propiedad horizontal»⁸⁴, se infiere que, siendo la naturaleza jurídica de las VUT la de un contrato de hospedaje, las VUT también son susceptibles de considerarse como tal.

El fundamento principal empleado por la jurisprudencia para calificar la actividad de hospedaje como molesta es la interdicción del abuso de derecho⁸⁵, apoyándose en que los huéspedes hacen un uso abusivo de los elementos comunes de la propiedad horizontal⁸⁶. Así, el art. 7.2 CC

molestias superiores a las de la normal convivencia. En el mismo sentido se pronuncian la SAP de Tarragona de 23 de mayo de 2002 (Ref. Aranzadi 2002/208417), SAP de Barcelona n° 384/2011 de 12 de julio (Ref. Aranzadi 2011/318655) y SAP de Valencia n° 174/2011 de 30 de marzo (Ref. Aranzadi 2011/216182).

⁸⁴ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.,... *op. cit.*, pág. 503, da una detallada relación de las sentencias del TS al respecto, cuya doctrina principal recoge la STS de 23 de noviembre de 1995 (Ref. Aranzadi 1995/8898); sentencia que considera que «la industria de hospedaje ha sido considerada molesta e incómoda por distintas resoluciones judiciales» debido a que para la realización de su actividad u ofrecimiento de su servicio resulta necesario el uso excesivo de los elementos comunes.

⁸⁵ «Estima la Sala que los accionados, en su desmedida actuación, han incurrido en situación de abuso de derecho, que no merece el amparo legal de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.2 CC, siendo principio doctrinal pacífico en materia de propiedad horizontal, que los derechos de propiedad exclusiva y singular que a cada propietario se otorga sobre un piso o local, deban interpretarse bajo el prisma de las limitaciones tendentes a lograr una convivencia normal y pacífica. Precisamente la abusiva implantación hotelera realizada por los demandados, se encuadra, sin necesidad de prueba concreta, en la prohibición que establece el art. 7.3 LPH [hoy, art. 7.2 LPH], a todo propietario de desarrollar en el piso actividades no permitidas por los estatutos, incómodas para la finca...» (STS de 23 de noviembre de 1995).

⁸⁶ En la SAP de Valencia n° 512/2013 de 20 de noviembre (Ref. Aranzadi 2014/185706) se habla de «los consustanciales inconvenientes que puede suponer para el normal desarrollo de la vida comunitaria el continuo trasiego de personas con empleo de elementos

serviría de soporte para aplicar el art. 7.2 LPH y, por ende, definir como molesta la actividad de la VUT por el uso abusivo que implica de los elementos comunes⁸⁷.

De este modo se concluye, a la luz del art. 7.2 CC, que las VUT podrían ser consideradas, en principio, como actividades molestas, en tanto que conllevan un uso excesivo de los elementos comunes, por lo que podría ejercitarse la acción de cesación *ex art. 7.2 LPH*.

1.3. Posible presunción de la actividad molesta en las VUT

Según lo expuesto, ¿puede presumirse la actividad molesta en las VUT de forma apriorística? En otras palabras: ¿las VUT pueden calificarse *per se* actividad molesta a fin de ejercitar la acción de cesación?

comunes, como son ascensores, piscina, entrega de llaves de las casas y mandos de garaje, etc., concebido para sus moradores permanentes y no para los ocasionales». En el mismo sentido apunta la STS n° 1152/2008 de 27 de noviembre (Ref. Aranzadi 2008/6069), haciendo hincapié en la inherencia del uso excesivo de los elementos comunes a la propia explotación hotelera. *Vid.*, más detalladamente en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2018), “Pisos turísticos...”... *op. cit.*, págs. 346-353.

⁸⁷ A estos efectos, tal y como señala CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2018), “Pisos turísticos...”... *op. cit.*, pág. 350, «el art. 7.2 CC, si bien puede servir para centrar el problema de los pisos turísticos, y calificarlo como presumiblemente abusivo en el uso de los elementos comunes, no lo resuelve específicamente. Sin duda, las consecuencias para el abuso en tal norma se prevén muy genéricas. No en vano, el art. 7.2 CC, por su contenido y por su propia ubicación, contiene una norma general, consagra un principio que como tal solo es aplicable residualmente, como recurso de último grado (*cf.* arts. 1.4 y 1.3 CC), para cuando no haya una norma específica que concrete aquellas consecuencias. Pero sucede que, en nuestro caso, sí existe tal norma [el art. 7.2 LPH]». De hecho, la doctrina desde antiguo ha interpretado el abuso de derecho de carácter excepcional y subsidiario: «podrá acudir a ella [la doctrina del abuso del derecho], únicamente *in extremis*, es decir, cuando el interesado no encuentre amparo para sus pretensiones en la ley o en la cláusula contractual» (DE CASTRO Y BRAVO, F., (1972), *Temas de Derecho Civil*, Civitas, reimpresión 2008, pág. 138).

La respuesta parece clara, tanto en la jurisprudencia⁸⁸ como en la doctrina mayoritaria⁸⁹: no puede presumirse en abstracto que las VUT supongan necesariamente una actividad molesta, sino que deberá analizarse caso por caso, y, si alguna actividad es molesta o insalubre, la comunidad puede exigir su cese, siendo entonces indiferente que la actividad reúna todos los requisitos legales. Es decir, las VUT no serán actividades molestas *per se* y la calificación de molesta habrá de determinarse con pruebas claras y precisas.

En línea con lo expuesto, la mayoría de las normas autonómicas validan las VUT mientras que no hayan sido estatutariamente prohibidas⁹⁰, sin perjuicio de la casuística concreta.

⁸⁸ Por todas, la STS n° 1152/2008 de 27 de noviembre o la STSJ de Cataluña n° 33/2016 de 19 de mayo (Ref. Aranzadi 2016/2170), a la que le sigue la común de la doctrina (*vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo, sobre los pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LH”, *Revista de Derecho Privado*, n° 3, mayo-junio, pág. 16): «no puede declararse *en abstracto* que la vivienda de uso turístico comporte una actividad no permitida e incompatible con la normal convivencia cuando se ubique en comunidades de viviendas de uso residencial sometidas a las reglas de la propiedad horizontal. [...] La actividad turística *per se* en abstracto no supone un daño o peligro para el edificio... [...] Carece de sentido tachar de ilicitud a una actividad que cuenta con desarrollo normativo específico».

⁸⁹ «La actividad de uso turístico de una vivienda no puede, con carácter general, calificarse como actividad prohibida» (FAUS I PUJOL, M., y ARIÑO MALLAFRÉ, B., (2020), “Acuerdos relativos a la prohibición de pisos turísticos”, *Obra Nueva y Propiedad Horizontal*, ID vLex: 757776385, pág. 3); «no puede considerarse en abstracto que la existencia de viviendas de uso turístico suponga una actividad contraria a la convivencia normal en la comunidad... [...] Este análisis debe producirse caso por caso» (GARCÍA SAURA, P. J., (2019), *Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España. Aproximación al régimen jurídico*, Madrid, Editorial Dykinson, pág. 71); «¿el carácter molesto puede determinarse de forma apriorística? En absoluto» (MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.240).

⁹⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2018), “Pisos turísticos...”... *op. cit.*, págs. 335-336.

No obstante, recientemente ha habido voces discrepantes de la corriente mayoritaria, interpretando que la actividad molesta es inherente a las VUT⁹¹, como lo hacía la normativa balear⁹². Principalmente, dicha divergencia la ha protagonizado CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA⁹³ con un planteamiento tan original como ingenioso⁹⁴: el uso abusivo y excesivo siempre será presumible en las VUT, dada su naturaleza jurídica de contrato de hospedaje, y, por ende, éstas serán siempre consideradas actividades molestas. Luego, en su tesis, la única vía para poder destinar una vivienda a alojamiento turístico es por medio del permiso expreso de la comunidad de propietarios –acuerdo adoptado por mayoría simple *ex*

⁹¹ «En nuestra tesis, ni basta con que no haya prohibición expresa y clara al respecto en los estatutos, ni es necesario para impedirlo que exista tal prohibición. Es la propia ley, con sus arts. 7.2 CC y 7.2 LPH, la que lo impide por tratarse de una actividad presumiblemente abusiva en el uso, potencialmente excesivo por desproporcionado a la cuota, de los elementos del inmueble» (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2018), “Pisos turísticos...”... *op. cit.*, pág. 353). De forma más tímida FUENTES-LOJO RIUS, A., (2019), “5 vías para que la Comunidad pueda prohibir el alojamiento turístico”, *Diario La Ley*, n° 9506, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, pág. 3; y CABEZUELO ARENAS, A. L.,... *op. cit.*, págs. 5-7.

⁹² Tal y como indica CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, págs. 11-12, si bien antes de introducir el nuevo art. 17.12 LPH era posible aplicar lo reflejado en el art. 50.7 de la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas (BOE n° 223, de 15 de septiembre de 2017, págs. 90.949-90.974), en el sentido de concebir que sólo el permiso expreso de la comunidad de vecinos –por mayoría simple en virtud del art. 17.7 LPH–podía permitir destinar una vivienda a alojamiento turístico, dicha disposición resulta inaplicable ante el nuevo art. 17.12 LPH.

⁹³ *Vid.* el apartado sobre «una posible solución “alternativa”» en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2018), “Pisos turísticos...”... *op. cit.*, págs. 344-366.

⁹⁴ Desde nuestro punto de vista, y pese a lo innovador de la tesis que sostiene CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, tiene más sentido tal planteamiento en tanto en cuanto el abuso de los elementos comunes, y por tanto la molestia que causa la actividad, es siempre presumible en virtud de lo expuesto en el apartado II sobre la problemática general. Pues, «no se trataría de prohibir el alquiler sin más, sino de hacerlo en evitación de potenciales molestias para la comunidad».

art. 17.7 LPH—. Empero, la última modificación del art. 17.12 LPH hizo que dicha interpretación no tuviera cabida en el ordenamiento jurídico, pues la existencia de dicho precepto anula implícitamente la posibilidad de que se estime *per se* el abuso o molestia de la actividad⁹⁵.

2. Incremento de la participación en gastos

Otra de las soluciones propuestas por la doctrina⁹⁶, y que ha introducido el Real Decreto-ley 7/2019, es la posibilidad de adoptar un acuerdo estatutario para incrementar la participación en gastos con el objeto de cohonestar los distintos intereses de la comunidad.

Pese a que a algún autor le ha parecido insuficiente⁹⁷, para gran parte de la doctrina esta solución resulta satisfactoria porque, sin necesidad de llegar al extremo de prohibir la actividad, halla una alternativa respetuosa con los intereses, tanto de los propietarios de las VUT, como del resto de vecinos.

En efecto, el nuevo art. 17.12 LPH permite el establecimiento de una cuota especial o de un incremento de hasta un 20% en la participación en los gastos comunes, para lo cual dispone las mismas mayorías que para la limitación de las VUT: tres quintas partes de propietarios y cuotas⁹⁸.

⁹⁵ Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, págs. 11-12 y 32.

⁹⁶ Vid. MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.251; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, pág. 18; CABEZUELO ARENAS, A. L.,... *op. cit.*, pág. 26; FUENTES-LOJO RIUS, A., (2018), “La regulación del negocio de los pisos turísticos en las comunidades de propietarios”, *Diario La Ley*, nº 9234, Sección Tribuna, 9 de julio, Editorial Wolters Kluwer, pág. 3.

⁹⁷ A este respecto, a CABEZUELO ARENAS, A. L.,... *op. cit.*, págs. 26-33, le resulta insuficiente dicha vía para hacer frente a las VUT por parte de las comunidades de propietarios; sobre todo, a causa de que la magnitud de los daños que experimentaría la comunidad no se podría reparar o compensar con un mero incremento en la cuota de gastos comunes.

⁹⁸ Vid. más pormenorizado en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, págs. 18-23.

Obsérvese que se trata de una cuota especial o de un incremento de participación en gastos comunes, que, en nuestra opinión, tendrá aplicación sólo mientras se desarrolle la actividad de VUT; pero no se trata de una alteración de la cuota de participación en los elementos comunes, que continuará invariada y sujeta a los mismos requisitos de unanimidad necesarios para la modificación estatutaria⁹⁹.

En cuanto a la retroactividad, pueden reproducirse por entero las consideraciones de índole interpretativa que expondremos a continuación para los acuerdos que limitan o prohíben la actividad de las VUT¹⁰⁰ en la medida que el precepto, cuando habla de irretroactividad de los acuerdos, se refiere indistintamente a la limitación de uso y al aumento de la parti-

⁹⁹ La posibilidad de que no coincida la cuota de participación (fijada, según el art. 3 LPH con relación al valor total del inmueble) con la participación en ciertos gastos comunes no es inusual en el régimen de propiedad horizontal. De hecho, se vienen admitiendo las cláusulas estatutarias que eximen a determinados elementos de la contribución en determinados gastos comunes, para lo cual es precisa la unanimidad (art. 5 y 17.6 LPH). El TS, en sentencias como la n° 452/2008 de 22 de mayo de 2008 (Ref. Aranzadi 2008/3166), dispone que «la jurisprudencia de esta Sala sobre el art. 9.1.e) LPH es reiterada, en el sentido de que puede establecerse estatutariamente un régimen especial sobre distribución de gastos, que articule módulos diferentes a la cuota de participación fijada en el título constitutivo para cada piso o local, en relación con el total del edificio, prevaleciendo en este punto la autonomía de la voluntad». La DGRN, en resolución de 31 de mayo de 2013, señala que la validez del pacto estatutario de exención total del gasto exige una causa proporcionada que justifique tal exención; si bien, distingue los elementos comunes por destino, respecto de los que cabe la individualización (art. 9.1 LPH), y los elementos comunes por naturaleza, en los que los gastos de conservación no son susceptibles de individualización, es decir, respecto de los cuales no cabe la exclusión de ninguno de los elementos de la propiedad horizontal. El art. 17.12 LPH no contiene esta distinción, por lo que, si el acuerdo comunitario se limitara a imponer una cuota especial a las VUT sin regular esta distinción, parece, en nuestra opinión, que el incremento debe referirse a los gastos ordinarios y no a los extraordinarios, pues dado su carácter, debe interpretarse restrictivamente, así como por aplicación del art. 1.288 CC.

¹⁰⁰ MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, págs. 2.252-2.253.

cipación de gastos; cuestión que también ha sido criticada por la doctrina¹⁰¹. Por lo tanto, el incremento de la participación en gastos afectará a todos los propietarios de VUT, salvo: a) propietarios que hubieran estado destinando su piso a VUT antes del acuerdo, en cuyo caso no tendrán que pagar incremento por los alquileres turísticos ya consumados (por cuanto les beneficia la irretroactividad), pero sí para los futuros alquileres¹⁰²; y b) propietarios que no tuvieran conocimiento del acuerdo, si éste no estuviere inscrito en el Registro de la Propiedad.

El acuerdo habrá de ser adoptado con el quórum establecido en el art. 17.12 PLH. En cuanto al incremento de participación en gastos de las VUT y consiguiente reducción del resto de elementos de la propiedad horizontal, a nuestro juicio, en principio debería ser proporcional a la participación anterior y dicho incremento habría de ser provisional, mientras permaneciera el destino de VUT, siendo muy conveniente que tal extremo figurase en el propio acuerdo comunitario. Otra interpretación podría interpretarse como abusiva frente al propietario afectado.

¹⁰¹ «De muy poco servirá dicho aumento en las cuotas si los propietarios que vienen destinando la vivienda a uso turístico permanecen ajenos a ello. De ahí que carezca de sentido que la parte final del art. 17.12 LPH se refiera indistintamente a ambas posibles medidas...» (MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.253).

¹⁰² A pesar de que MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.253, se haya posicionado en contra, afirmando que, a aquellos propietarios que hubieran estado destinando su piso a VUT con antelación al acuerdo del incremento de gastos, no les afectaría el propio incremento debido a la irretroactividad del art. 17.12 LPH, aquí parece más adecuada la interpretación que hace CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, pág. 33, que afirma que, en su opinión, «no se le podrá exigir al vecino que venía alquilando para uso turístico su piso que pague el incremento de cuotas de gastos acordado o que sufrague los daños causados por sus huéspedes en el pasado, desde el primer alquiler turístico que hubo, pues ello sí supondría darle efectos retroactivos a tales acuerdos, pero sí se le podrá exigir el pago de tales incrementos e indemnizaciones para el futuro, para los posteriores alquileres de uso turístico que celebre tras la adopción del acuerdo comunitario».

B. Actuaciones preventivas de la comunidad**1. Prohibición expresa en los estatutos de la comunidad de propietarios¹⁰³**

La vía más destacada por la mayoría de la doctrina y utilizada en la práctica para que no puedan instalarse VUT en edificios sujetos a la LPH es la de establecer expresamente una prohibición estatutaria.

Esta posibilidad ha adquirido especial relevancia tras el Real Decreto-ley 7/2019, que añadió un nuevo apartado 12 al art. 17 LPH, modificando el rígido quórum legal de la unanimidad para la adopción de acuerdos de limitación de las VUT (art. 5.e LAU)¹⁰⁴, reduciéndolo a un quórum reforzado de tres quintas partes de propietarios y cuotas¹⁰⁵.

Esta reforma ha ocasionado algunos debates doctrinales¹⁰⁶; sobre todo, debido a que deja sin resolver destacadas dudas interpretativas. A estos

¹⁰³ Nos referimos a la prohibición total, pero, claro está, también cabe la limitación o condicionamiento de la prohibición.

¹⁰⁴ Es preciso destacar que el nuevo art. 17.12 LPH se refiere exclusivamente a las VUT que cumplan lo dispuesto en el art. 5.e) LAU y que, como han afirmado otros autores, no puede ser aplicada a otra tipología de alojamiento turístico (*vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, págs. 12-13; y FUENTES-LOJO RIUS, A., (2018), “El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico”, *Actualidad Civil*, n° 12, diciembre, Editorial Wolters Kluwer, pág. 6).

¹⁰⁵ Nótese que la *ratio legis* del Real Decreto-ley 7/2019, tal y como se expone en su Preámbulo, es la promoción de la vivienda (tanto para su compra y venta como para su arrendamiento) ante el estado crítico del mercado inmobiliario. Y siendo las VUT uno de los principales obstáculos para el legislador, se procuran establecer facilidades a las comunidades de propietarios a fin de limitar éstas.

¹⁰⁶ Varios autores han criticado que la reforma no se haya ocupado de despejar cuestiones que han sido polémicas para la doctrina o incluso que se hayan anulado las diferentes vías que antes existían (*vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, pág. 12; y FUENTES-LOJO RIUS, A., (2018), “El Real Decreto Ley...”... *op. cit.*, pág. 6).

efectos, trataremos de mostrar los puntos más controvertidos para la doctrina y, según ésta, cómo deberían resolverse.

1.1. *Legitimidad de la prohibición*

Ante todo, la doctrina se ha preguntado si, en atención a lo contemplado en el art. 17.12 LPH, puede entenderse que dicho precepto permite la prohibición de las VUT o, por el contrario, sólo la limitación, pues el art. 17.12 LPH sólo se refiere a «limitar o condicionar». Sin embargo, a la luz de la interpretación tanto gramatical como teleológica de la norma, no parece resultar tan polémico: por un lado, tal prohibición es, al fin y al cabo, una limitación; y, por otro lado, su imposibilidad contravendría el espíritu del Real Decreto-ley 7/2019¹⁰⁷.

Otra de las cuestiones debatidas es la constitucionalidad de la prohibición de las VUT. Esto es, si vulnera lo contemplado en el art. 33 CE sobre el derecho a la propiedad privada. A este respecto, parecen haberse disipado las dudas: el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en sentencias nº 301/1993, de 21 de octubre¹⁰⁸ y 28/1999, de 8 de marzo, ha reiterado la necesidad de compaginar los derechos e intereses de la pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, lo que justifica los límites legales o estatutarios a los derechos de goce de los inmuebles en las comunidades de vecinos, que no son, por tanto, inconstitucionales ni contrarios al art. 33 CE, siempre que tales limitaciones obedezcan a la función social que se refiere el art. 33.2 CE¹⁰⁹. La prohibición debe atender a un interés legítimo de la comunidad de propietarios y en

¹⁰⁷ Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, pág. 15; y MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.249.

¹⁰⁸ STC nº 301/1993 de 21 de octubre (Ref. Aranzadi 1993/301).

¹⁰⁹ En los usos turísticos existe una realidad social, que tiene como trasunto numerosas normas autonómicas en este sentido. La utilización de las viviendas para este uso es un problema que trasciende al derecho singular de propiedad de cada uno de los departamen-

ningún caso al mero capricho o arbitrariedad de ésta¹¹⁰. Según la doctrina dominante, la prohibición estatutaria consistente en impedir que los pisos se destinen a VUT¹¹¹ es legítima, puesto que «no se trataría de prohibir el alquiler sin más, sino de hacerlo en evitación de potenciales molestias para la comunidad, concretando así esa posible molestia, tan genéricamente mencionada por el art. 7.2 LPH»¹¹².

Sin embargo, dada la especial consagración que tienen el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE) en nuestra CE y, por ende, la restrictiva interpretación que merecen las limitaciones al dominio, la jurisprudencia¹¹³ ha destacado que, en una comunidad de propietarios, únicamente cabe que el establecimiento de VUT quede restringido cuando en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad se contenga una prohibición clara y expresa. En caso contrario, los propietarios tendrán libertad para destinar su piso a un uso

tos para convertirse en un problema colectivo. Ningún obstáculo debe existir para admitir prohibiciones en este sentido. A estos efectos, la STSJ de Cataluña nº 33/2016 de 19 de mayo, refiriéndose a la prohibición estatutaria de las VUT, relaciona las sentencias del TC (SSTC nº 301/1993 de 21 de octubre, y nº 28/1999 de 8 de marzo) que afirman que, lo que legitima cualquier limitación o prohibición, legal o estatutaria, es el interés común o general de la comunidad y que éste sea prevalente sobre el interés individual de cada vecino (*vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, págs. 15-16).

¹¹⁰ *Vid.* la STS nº 233/2015 de 5 de mayo (Ref. Aranzadi 2015/1567), también a MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.246, y BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G., (2019), “La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 776, pág. 3.049.

¹¹¹ En este sentido, tanto la jurisprudencia como la doctrina han estudiado la delgada línea que distingue dicho legítimo interés del abuso de derecho (art. 7.2 CC). Cuestión que, por lo general, parece inclinarse a favor del interés general (*vid.* la relación de sentencias que analiza en profundidad CABEZUELO ARENAS, A. L.,... *op. cit.*, págs. 19-33).

¹¹² CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, pág. 16.

¹¹³ *Vid.* la nota nº 84.

turístico¹¹⁴. Como es natural, conforme al principio de titulación pública (art. 3 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria¹¹⁵ –en adelante, LH–), para la inscripción en el Registro de la Propiedad, los acuerdos comunitarios deben ser elevados a público.

1.2. *Irretroactividad de la prohibición*

La retroactividad de la prohibición ha resultado de las cuestiones más controvertidas para la doctrina, pues, si bien en el propio art. 17.12 LPH se contempla expresamente la irretroactividad de los acuerdos que limiten el destino a VUT, no queda claro el alcance que tiene ésta.

En este sentido, para la doctrina parece evidente que, de acuerdo con el art. 9.3 CE, la prohibición solamente afectará a los futuros adquirentes¹¹⁶, por lo cual, carece de efectos retroactivos¹¹⁷. A su vez, pese a no ser constitutivo ni obligatorio¹¹⁸, para que dicha prohibición sea oponible a terceros habrá de constar inscrita en el Registro de la Propiedad (arts. 32 y 34 LH), a menos que éstos tuvieran conocimiento del acuerdo estatutario, en cuyo caso también tendría eficacia frente a los mismos¹¹⁹.

¹¹⁴ *Vid.* la extensa relación de sentencias que se disponen en la nota nº 22 de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, pág. 17.

¹¹⁵ Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE nº 58, de 27/02/1946).

¹¹⁶ Cuando hablamos de la irretroactividad de la prohibición, lo hacemos respecto de la actividad de la VUT en sí misma considerada, no de cada arrendamiento en concreto. Pues, si no, vaciaría de contenido el carácter irretroactivo de la norma (MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.250).

¹¹⁷ *Vid.* BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G.,... *op. cit.*, pág. 3.051; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, pág. 32; y MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.246, quien cita la ya comentada la STSJ de Cataluña nº 33/2016 de 19 de mayo.

¹¹⁸ STS 720/2015 de 29 de diciembre (Ref. Aranzadi 2015/5896).

¹¹⁹ STS 300/2013 de 25 de abril (Ref. Aranzadi 2013/3390).

Más allá de los nuevos adquirentes, se ha discutido la retroactividad o no en cuanto a los que fuesen propietarios antes del acuerdo prohibitivo, pues éstos podrían alegar que la nueva prohibición supone una disminución del valor económico de su vivienda. No obstante, según la doctrina mayoritaria, que no unánime, sólo operará la irretroactividad para aquéllos que antes del acuerdo estatutario estuviesen destinando su piso a VUT¹²⁰. De este modo, el acuerdo tendrá eficacia retroactiva y afectará a aquellos propietarios que quisieran destinar su piso a VUT con posterioridad al acuerdo, aunque hubieran votado en contra del acuerdo¹²¹ o hubieran ya iniciado el trámite para obtener las oportunas licencias administrativas para las VUT¹²², pues, en este último caso, se trataría

¹²⁰ Este punto ha sido polémico en el seno de la doctrina, habiendo autores que entienden que, como en el momento de adquirir la vivienda no existían tales limitaciones, a estos propietarios no les debe afectar la prohibición; afirmando que, «de lo contrario, se estaría legitimando que la comunidad pudiera menoscabar el contenido esencial del derecho de propiedad del comunero sobre su finca en contra de su voluntad» (FUENTES-LOJO RIUS, A., (2018), “El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler”... *op. cit.*, pág. 7; y, siguiendo su misma tesis, BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G.,... *op. cit.*, págs. 3.051-3.052). No obstante, la interpretación que hacen otros autores, en el sentido de entender la irretroactividad exclusivamente para aquellos que estuvieran destinando su piso a VUT, parece más adecuada (*vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, págs. 32-33; MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, págs. 2.251-2.252; y CABEZUELO ARENAS, A. L.,... *op. cit.*, pág. 26).

¹²¹ «Al tratarse de una prohibición dirigida con carácter uniforme y por igual a todos los pisos integrantes del edificio sometido a propiedad horizontal, es irrelevante que el propietario eventualmente afectado hubiera estado ausente de la junta en que se adopte el acuerdo o se haya opuesto expresamente al acuerdo. Lo relevante, pues, de cara a la irretroactividad del acuerdo prohibitivo es estar desempeñando la actividad de alojamiento turístico con carácter previo al mismo. [...] A los que hubieran votado a favor, en virtud de la doctrina de los actos propios, también les sería retroactivo el acuerdo» (*vid.* con mayor detalle en MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, págs. 2.251-2.252).

¹²² «Los propietarios que no hayan iniciado la actividad de alojamiento turístico a la fecha de adaptación del acuerdo prohibitivo pero que hubieran ya iniciado los trámites necesarios para obtener las licencias administrativas oportunas, ¿se verán afectados por la

de una expectativa y no de un derecho adquirido. Así pues, la doctrina mayoritaria considera que es irrelevante el voto contrario o la ausencia del propietario afectado, dado que, precisamente, la finalidad del Real Decreto-ley 7/2019 es eliminar la capacidad de veto de la que antes disponían los propietarios. Cuestión que enlaza con la que tratamos en el siguiente apartado.

En el acuerdo de modificación de estatutos, si coexisten elementos destinados a VUT con otros que no tienen este destino, sería necesario expresar cuáles son estos elementos, pues como indica la Resolución JUS/1784/2018, de 20 de julio (Cataluña), tiene que quedar especificado o determinado cuál es el departamento que queda transitoriamente exceptuado de la limitación acordada. Esto nos lleva a plantear la cuestión de si, en caso de que se dejase utilizar la vivienda con el uso de VUT podría en el futuro volver a explotar como VUT (como derecho adquirido) o, por el contrario, dejaría de gozar de la exención y pasaría a afectarle la prohibición general. La cuestión es difícil de resolver apriorísticamente, pues dependerá de diversas circunstancias, no existiendo aún jurisprudencia al respecto.

1.3. *Quórum*

Para el ejercicio de acciones por parte de la comunidad será suficiente la mayoría prevista en el art. 17.7 LPH, y no la mayoría de tres quintos del art. 17.12 LPH.

En cuanto al establecimiento de las limitaciones o prohibiciones de VUT, el artículo 17.12 LPH, en su nueva redacción tras el Real Decre-

prohibición? Entendemos que sí, porque en ese caso sólo tendrían una legítima expectativa, y no un verdadero derecho asimilable al existente por quien ya ejerce realmente la actividad turística en su piso» (MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.252). En el mismo sentido, *vid.* también CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, pág. 32-33.

to-ley 7/2019, elimina la necesidad de unanimidad para la modificación estatutaria a la que nos referimos, y establece como quórum el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, represente las tres quintas partes de las cuotas de participación.

Es de especial interés recordar que, conforme al art. 17.8 LPH, se computarán votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el art. 9 LPH, no manifiesten su discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de treinta días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción.

Con respecto al quórum nos planteamos dos cuestiones:

1. La primera es si, en caso de acuerdo *a posteriori*, cuando la actividad de VUT se viene desarrollando y la restricción no aparece en los estatutos, es necesario el consentimiento individualizado de cada propietario afectado o basta el acuerdo colectivo¹²³.

La RDGRN de 27 de julio de 2018 aborda esta cuestión y recuerda su doctrina, conforme a la cual en materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal, que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario), y aquellos otros actos que, por afectar

¹²³ A pesar de que ha habido un gran debate doctrinal acerca de este interrogante (*vid.* en profundidad en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo...”... *op. cit.*, pág. 28-32), la doctrina parece convenir en que, si fuera necesario el consentimiento expreso del propietario concernido, «dejaríamos vacía de contenido la posibilidad de modificar los estatutos para prohibir las viviendas turísticas si el voto favorable de tres quintos debiera incluir la presencia o voto favorable de determinados propietarios» (MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, pág. 2.251).

al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes.

A la vista de esta resolución, podemos concluir que, si la modificación afecta a algunos elementos y no a todos, es necesario el consentimiento individualizado del titular afectado. Mientras que si se trata de una restricción que afecta a todos, según lo visto en apartados anteriores, no será necesario el consentimiento individual.

2. La segunda cuestión, abordada por la RDGRN de 19 de diciembre de 2019, que contempla el caso de modificación de estatutos que establecen que los distintos departamentos de la comunidad sólo pueden destinarse a vivienda, habiendo acordado la comunidad posteriormente levantar esta restricción y aprobar el establecimiento de VUT. Estima la DGRN que no es aplicable la mayoría del art. 17.12 LPH, sino la regla general de unanimidad del apartado 6 del mismo artículo, pues estamos ante una modificación estatutaria con una finalidad que supone el caso contrario, o el procedimiento inverso al contemplado en el apartado 12.

2. Posibilidad de incluir en el reglamento de régimen interior los acuerdos relativos a la limitación del uso y el incremento de gastos

Si bien, antes de la reforma operada por el Real Decreto-ley 7/2019, algún autor sugirió la posibilidad de incluir en el reglamento del régimen interior los acuerdos relativos a la limitación del uso y el incremento de gastos¹²⁴, no parece que en la práctica haya ocurrido algo semejante en relación a las VUT. Sí ha ocurrido, empero, en otras ocasiones «cuando la comunidad de propietarios ha deseado prohibir, o incluso permitir, un

¹²⁴ *Vid.* MAGRO SERVET, V.,... *op. cit.*

determinado destino a los elementos privativos y ello se ha hecho en un puntual acuerdo de Junta o en el llamado reglamento de régimen interior (art. 6 LPH)¹²⁵.

Sea como fuere, la jurisprudencia¹²⁶ ha rechazado reiteradamente esta posibilidad, alegando que, «mientras los estatutos contienen las normas que regulan los derechos de cada propietario con relación a su piso y a la propiedad común, los reglamentos de régimen interior se limitan a regular los detalles de la convivencia, pero sin que en modo alguno modifiquen ni creen limitaciones a los derechos establecidos»¹²⁷.

3. El destino de la vivienda como posible vía de defensa de la comunidad de propietarios

A la luz del art. 5, párrafo 3º LPH, la doctrina se ha preguntado si, en caso de que en el título constitutivo de un edificio y sus pisos integrantes constare que están destinados a «vivienda», sería posible interpretar que el único fin al que se destinará el piso sea el de hogar o morada, quedando vedada, en tal caso, la posibilidad de destinar el piso a VUT¹²⁸.

En este punto, cabría aplicar la doctrina de la DGRN y el TS relativa a los cambios de uso. La DGRN, en resoluciones de 18 de junio de 2010 y 15 de julio de 2013, ha destacado que la mera descripción del uso atribuido a un elemento privativo no constituye por sí restricción de uso alguna; para que dichas limitaciones tengan alcance real y excluyente de otros posibles usos es preciso que aparezcan debidamente recogidos

¹²⁵ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2019), “De nuevo... *op. cit.*, pág. 25.

¹²⁶ Por todas, la STS de 6 de julio de 1978 (Ref. Aranzadi 1978, 2749).

¹²⁷ ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M., (2014), “Comentario al art. 6 LPH”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Pamplona, Editorial Aranzadi, pág. 5.

¹²⁸ *Vid.* MURGA FERNÁNDEZ, J. P.,... *op. cit.*, págs. 2.243-2.244; y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2018), “Pisos turísticos...”... *op. cit.*, págs. 332-334.

en los estatutos con la debida claridad y precisión. El TS, por su parte, en sentencia n° 419/2013 de 25 de junio¹²⁹, declara que la jurisprudencia ha señalado que en el ámbito de la propiedad horizontal los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideran adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal¹³⁰.

Por ello, aunque, en un principio, parte de los tribunales acogió como vinculante lo que el título constitutivo o estatutos dispusieran acerca del destino de la vivienda¹³¹, la postura que prevalece hoy en día es la contraria¹³², pues se entiende que «los derechos de disfrute tienden a

¹²⁹ STS n° 419/2013 de 25 de junio (Ref. Aranzadi 2013/4636).

¹³⁰ Es un caso distinto al de la RDGRN de 19 de diciembre de 2019, antes comentada, pues en el supuesto de esta resolución existía una norma estatutaria expresa que se pretendía modificar.

¹³¹ La respuesta jurisprudencial ha sido vacilante. Así, mantuvieron una posición favorable a que la mera indicación estatutaria del destino o uso de los elementos privativos resultaba vinculante: las SSTS de 28 de abril de 1978 (Ref. Aranzadi 1978, 1461), de 10 de octubre de 1989 (Ref. Aranzadi 1989/6904) y de 23 de noviembre de 1995, y también la DGRN en su resolución de 25 de septiembre de 1991. Si bien, ha habido profusos pronunciamientos contrarios: SSTS de 7 de febrero de 1989 (Ref. Aranzadi 1989, 672), de 5 de marzo de 1990 (Ref. Aranzadi 1990, 1666) y de 17 de noviembre de 1993 (Ref. Aranzadi 1993, 9104), y las RRDGRN de 12 de diciembre de 1986, 20 de febrero de 1989 y 23 de marzo de 1998.

¹³² «A partir de la modificación legislativa de 1999 la jurisprudencia del Tribunal Supremo es definitiva en el sentido de entender que, partiendo de la idea general de que la propiedad se presume libre, maximizando las posibilidades de utilización de estos elementos, desiderátum de la propia exposición de motivos de la ley de 1960, y consecuencia directa de la función social del derecho de propiedad, cualquier limitación estatutaria a esta libertad debe ser expresa y objeto de interpretación restrictiva, y ha de constar previamente inscrita en el Registro de la Propiedad a fin de tener eficacia frente a terceros. Entre otras citamos aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2006 (Rec. 1374/1999), 20 de octubre de 2008 (Rec. 3106/2002), 30 de diciembre de 2010 (Rec. 81/2007), de 24 de octubre de 2011 (Rec. 527/2008)» (MERINO ESPINAR, M. B.,... *op. cit.*, pág. 545).

atribuir al titular de los elementos privativos las máximas posibilidades de utilización, con el límite representado tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general... [...] De este modo, los propietarios de los elementos privativos pueden ejercitar todas las facultades propias del derecho de propiedad, entre ellas, destinarlos a los usos que prefieran sin más restricciones que las que deriven de la Ley y del régimen de propiedad horizontal»¹³³.

VI. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

1. La problemática de las VUT tiene implicaciones sociales, medioambientales, económicas, jurídicas, etc., lo que ha provocado la preocupación de las instancias políticas y jurídicas, nacionales e internacionales.
2. La regulación de las VUT tiene una parte administrativa (licencias, autorizaciones, regulación de su número según zonas de la ciudad, etc.) y otra parte civil. Como ha destacado el TC, determinados legisladores autonómicos (los de aquellas CCAA sin competencias en materia de Derecho civil), si bien son competentes para regular la actividad (económica) de alojamiento turístico, no lo son, en cambio, para regular las obligaciones que genera dicha actividad entre particulares.
3. Como, en virtud del art. 148.1.18^a CE, y sin perjuicio del art. 149.1.8^a CE, todas las CCAA han aprobado leyes en este sentido, la exigencia de que las VUT presten servicios adicionales al alojamiento turístico ha hecho que, *de facto*, la naturaleza

¹³³ STSJ de Cataluña n° 74/2018 de 13 de septiembre (Ref. Aranzadi 2018/6125).

jurídica de los contratos de las VUT regulados por las CCAA sea de la de un contrato de hospedaje.

4. Atendiendo al menoscabo generalizado que ocasiona, la actividad de las VUT es presumiblemente molesta. Sin embargo, para el ejercicio de la acción de cesación, la legislación y jurisprudencia actuales exigen su demostración de forma clara y precisa.
5. En base al interés general de la comunidad de propietarios, las relaciones de vecindad dan pie a la legitimación de la limitación del derecho a la propiedad (art. 33 CE) y, por consiguiente, de las VUT. De esta suerte, los estatutos de la comunidad podrán contener cláusulas prohibitivas o limitadoras de estas actividades. No obstante, estas cláusulas no tendrán efecto retroactivo para aquellos dueños que estuvieran destinando su vivienda a VUT con anterioridad al acuerdo de prohibición.
6. La comunidad de propietarios tiene tres posibles vías frente a las VUT: a) ejercitar una acción de cesación, probando la molestia que causa la actividad; b) prohibir las VUT en los estatutos de la comunidad de propietarios; y c) incrementar la participación en gastos del propietario de la VUT.
7. La vía más adecuada para establecer la prohibición o limitaciones es la constancia en los estatutos de la comunidad y su inscripción en el Registro de la Propiedad, a los efectos de hacerlas valer frente a terceros.
8. Para los casos en que a la actividad de VUT no le afectase la retroactividad de la prohibición, y que no pudiera ejercitarse la acción de cesación por la dificultad probatoria de la actividad como molesta, quedaría como única vía la de incrementar la participación en gastos del propietario de la VUT.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., (2016), *Derecho civil III; Derecho de bienes; duodécima edición*, Madrid, Editorial Edisofer.

ALONSO PÉREZ, M., (1983), “Las relaciones de vecindad”, *Anuario de derecho civil*, vol. 36, nº 2.

ÁLVAREZ OLALLA, P., (2014), “Comentario al artículo 7.2 LPH”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (Coor.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Pamplona, Editorial Aranzadi.

BERROCAL LANZAROT, A. I., (2013), “Primeras reflexiones sobre la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas”, *Actualidad Civil*, nº 7.

BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G., (2019), “La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 776.

BOTELLO HERMOSA, J. M., (2016), “Los arrendamientos por temporada en la ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 756, págs. 1.959-1.990.

DEL BUSTO, E., CEBALLOS MARTÍN, M. M., y PÉREZ GUERRA, R., (2019), “Marco normativo de los apartamentos y viviendas de uso turístico en España”, *Journal of Tourism Analysis: Revista de Análisis Turístico*, vol. 26, nº 1.

BUTLER, T., (2007), “Gentrificación”, en Gordon, I., (Coor.), *Ciudades en transformación; reconsideración de la competitividad, la cohesión y la gobernabilidad urbanas*, Dirección General de Urbanismo y Estrategia Territorial.

CABEZUELO ARENAS, A. L., (2018), “Edificios sometidos a propiedad horizontal y arriendo turístico de pisos: tres vías de prevención y/o defensa de la Comunidad frente a una actividad potencialmente molesta”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5.

CAMPUZANO TOMÉ, H., (2015), “El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 749, págs. 1.199-1.246.

CARRASCO PERERA, Á., (2012), “Tipos contractuales y modos de elusión en el sistema español de multipropiedad”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 3/2012.

CASTÁN TOBEÑAS, J., (1963), *Derecho civil español, común y foral, Tomo I, vol. 2, 10ª edición*, Madrid, Editorial Reus.

CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J., (1956), *Tratado práctico de arrendamientos urbanos. Tomo I, Parte General*, Madrid, Editorial Reus

CASTAÑOS CASTRO, P., (2015), *Derechos y deberes de los consumidores en hoteles*, Madrid, Editorial Dykinson.

DE CASTRO Y BRAVO, F., (1972), *Temas de Derecho Civil*, Madrid, Civitas, reimpresión 2008.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., (2018), “Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho”, *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid, Editorial Reus.

– (2019), “De nuevo, sobre los pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LH”, *Revista de Derecho Privado*, nº 3, mayo-junio.

COSTAS RODAL, L., (2013), “Principales novedades introducidas en la LAU/94 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 6.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., (2016), *Sistema de Derecho civil; volumen III; (Tomo 1); Derechos Reales en general. Posesión. Propiedad. El Registro de la Propiedad*, Madrid, Editorial Tecnos.

– (2018), *Sistema de Derecho Civil; Volumen II; (Tomo 2); Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, Editorial Tecnos.

EACHEVERRÍA SUMMERS, F. M., (2014), “Comentario al art. 6 LPH”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (Coor.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Pamplona, Editorial Aranzadi.

FAUS I PUJOL, M., y ARIÑO MALLAFRÉ, B., (2020), “Acuerdos relativos a la prohibición de pisos turísticos”, *Obra Nueva y Propiedad Horizontal*, ID vLex: 757776385.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N., (2018), *El alojamiento colaborativo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

FUENTES-LOJO RIUS, A., (2018), “El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico”, *Actualidad Civil*, nº 12, diciembre, Editorial Wolters Kluwer.

– (2018b), “La regulación del negocio de los pisos turísticos en las comunidades de propietarios”, *Diario La Ley*, nº 9234, Sección Tribuna, 9 de julio, Editorial Wolters Kluwer.

– (2019), “5 vías para que la Comunidad pueda prohibir el alojamiento turístico”, *Diario La Ley*, nº 9506, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer.

GARCÍA SAURA, P. J., (2019), *Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España. Aproximación al régimen jurídico*, Madrid, Editorial Dykinson.

GONZÁLEZ CARRASCO, C., (2013), “El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., (2018), “El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 765.

GUILLÉN NAVARRO, N. A., (2018), “Ámbito objetivo del contrato de alojamiento turístico: ¿Qué viviendas se pueden arrendar?”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid, Editorial Reus.

JARNE MUÑOZ, P., (2016), “El consumo colaborativo en España: Experiencias relevantes y retos de futuro”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 17.

LACRUZ BERDEJO, J. L., (2000), *Elementos de Derecho Civil, III, vol. I*, Madrid, Editorial Dykinson.

LASARTE, C., (2010), *Propiedad y derechos reales de goce; Principios de Derecho civil IV*, Madrid, Editorial Marcial Pons.

LASSALLE, J. M., (2019), *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Barcelona, Arpa Editores.

MAGRO SERVET, V., (2017), “Sobre la necesaria unificación en la regulación legal del alquiler vacacional y normativa autonómica”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 1.

MERINO ESPINAR, M. B., (2016), “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2013 (5067/2013)”, en Yzquierdo Tolsada, M., (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina. Civil y mercantil. Volumen 6. 2013-2014*, Madrid, Editorial Dykinson.

MESA MARRERO, C., (2019), “Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 3.

MORENO-TORRES HERRERA, M. L., (2018), “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid, Editorial Reus.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., (2019), “Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: status quaestionis y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 775, págs.. 2.221-2.276.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. Á., (2018), “La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid, Editorial Reus.

DE PABLO CONTRERAS, P., (2016), *Curso de Derecho Civil (III); Derechos Reales*, Madrid, Editorial Edisofer.

PACHECHO JIMÉNEZ, M. J., (2016), “La web 2.0 como instrumento esencial en la economía colaborativa: auge de negocios de dudosa legalidad”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 17.

ROMÁN MÁRQUEZ, A., (2014), “Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 6.

SAN CRISTÓBAL REALES, S., (2009), “El juicio para la cesación de actividades prohibidas en el ámbito de la propiedad horizontal”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLII.

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A., (2018), “La cesión de viviendas con fines turísticos: Concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid, Editorial Reus.

YUFERA SALES, P. L., (2000), *Arrendamientos urbanos; Análisis práctico de la normativa aplicable, sistematizada por conceptos*, Barcelona, Editorial Bosch.

VIII. ÍNDICE DE NORMAS CITADAS.

- Constitución Española (BOE núm. 311, de 29/12/1978)
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889)
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE nº 58, de 27/02/1946)
- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (BOE nº 176, de 23/07/1960)
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25/11/1994)
- Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera (BOE n 275, de 16/11/2007)
- Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga du-

ración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (BOE n° 162, de 07/07/2012)

- Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013, págs. 42.244-42.256)
- Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (BOE n° 55, de 05/03/2019)
- Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas (BOE n° 223, de 15 de septiembre de 2017, págs. 90.949-90.974)
- Decreto n.º 256/2019, de 10 de octubre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia, (BORM núm. 242 de 19 de octubre de 2019)
- Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (BOE n° 292, de 7 de diciembre de 1961, págs. 17.259 a 17.271)

IX. JURISPRUDENCIA

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 9 de noviembre de 2010 (Deés c. Hungría)

2. Tribunal Constitucional

- STC n° 301/1993 de 21 de octubre (Ref. Aranzadi 1993/301)
- STC n° 28/1999 de 8 de marzo (Ref. Aranzadi 1999/28)
- STC 28/2012, de 1 de marzo (Ref. Aranzadi 2012/28)
- STC 18/2016 de 4 de febrero (Ref. Aranzadi 2016/18)

3. Tribunal Supremo

- STS de 22 de noviembre de 1960 (Ref. Aranzadi 1960/3755)
- STS de 17 diciembre 1960 (Ref. Aranzadi 1960/3807)
- STS de 8 febrero 1962 (Ref. Aranzadi 1962\948)
- STS de 8 de abril de 1965 (Ref. Aranzadi 1965, 2152)
- STS de 22 de diciembre de 1970 (Ref. Aranzadi 1970, 5625)
- STS de 30 marzo 1974 (Ref. Aranzadi 1974/1210)
- STS de 4 febrero 1975 (Ref. Aranzadi 1975/328)
- STS de 30 junio 1976 (Ref. Aranzadi 1976/3199)
- STS de 28 de abril de 1978 (Ref. Aranzadi 1978, 1461)
- STS de 6 de julio de 1978 (Ref. Aranzadi 1978, 2749)
- STS de 14 de noviembre de 1984 (Ref. Aranzadi 1984, 5555)
- STS de 7 de febrero de 1989 (Ref. Aranzadi 1989, 672)
- STS de 14 de febrero de 1989 (Ref. Aranzadi 1989/834)
- STS de 10 de octubre de 1989 (Ref. Aranzadi 1989/6904)
- STS de 5 de marzo de 1990 (Ref. Aranzadi 1990, 1666)
- STS de 17 de noviembre de 1993 (Ref. Aranzadi 1993, 9104)
- STS de 23 de noviembre de 1995 (Ref. Aranzadi 1995/8898)
- STS nº 1074/1999 de 15 de diciembre (Ref. Aranzadi 1999/9352)
- STS nº 452/2008 de 22 de mayo de 2008 (Ref. Aranzadi 2008/3166)
- STS nº 1152/2008 de 27 de noviembre (Ref. Aranzadi 2008/6069)
- STS nº 300/2013 de 25 de abril (Ref. Aranzadi 2013/3390)
- STS nº 419/2013 de 25 de junio (Ref. Aranzadi 2013/4636)

- STS nº 233/2015 de 5 de mayo (Ref.Aranzadi 2015/1567)
- STS nº 720/2015 de 29 de diciembre (Ref.Aranzadi 2015/5896)

4. Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Cataluña nº 17/2012 de 20 de febrero (Ref.Aranzadi 2012/10019)
- STSJ de Cataluña nº 33/2016 de 19 de mayo (Ref.Aranzadi 2016/2170)
- STSJ de Cataluña nº 74/2018 de 13 de septiembre (Ref.Aranzadi 2018/6125)
- STSJ del País Vasco nº 1/2020 (Rec. 441/2018)

5. Audiencias Provinciales

- SAP de Salamanca nº 545/1997 de 16 de octubre (Ref.Aranzadi 1997/2029)
- SAP de Salamanca nº 252/2000 de 4 de mayo (Ref.Aranzadi 2000/2306)
- SAP de Tarragona de 23 de mayo de 2002 (Ref.Aranzadi 2002/208417)
- SAP de Barcelona nº 259/2010 de 11 de marzo (Ref.Aranzadi 2010/367)
- SAP de Valencia nº 174/2011 de 30 de marzo (Ref.Aranzadi 2011/216182)
- SAP de Barcelona nº 384/2011 de 12 de julio (Ref.Aranzadi 2011/318655)
- SAP de Barcelona nº 276/2013 de 16 de mayo (Ref.Aranzadi 2013/219327)
- SAP de Valencia nº 512/2013 de 20 de noviembre (Ref.Aranzadi 2014/185706)
- SAP de Barcelona nº 63/2015 de 13 de febrero (Ref.Aranzadi 2015/74)
- SAP de Barcelona nº 95/2015 de 21 de mayo (Ref.Aranzadi 2015/166000)
- SAP de Barcelona nº 379/2015 de 9 de octubre (Ref.Aranzadi 2016/24)

6. Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública)

- RDGRN de 12 de diciembre de 1986
- RDGRN de 20 de febrero de 1989

- RDGRN de 23 de marzo de 1998
- RDGRN de 18 de junio de 2010
- RDGRN de 31 de mayo de 2013
- RDGRN de 15 de julio de 2013
- RDGRN de 27 de julio de 2018
- RDGRN de 19 de diciembre de 2019

7. Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña

- Resolución JUS/1784/2018 de 20 de julio (Cataluña)

Enfoque transfronterizo de los pactos sucesorios de la ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco*

RAMÓN URRUTIA CORTAZAR

Graduado en Derecho y Relaciones Internacionales
por la Universidad de Deusto

Deustuko Unibertsitateko Zuzenbideko eta
Nazioarteko Harremanetako gradudun bikoitza

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 21/09/2021

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 5/07/2022

Resumen: Las sucesiones transfronterizas son un fenómeno en auge, ya que la globalización y una mayor facilidad de movimiento entre estados, ha hecho que el libre movimiento entre personas se fomente. Esto es particularmente cierto en la UE, donde las políticas de integración han llevado aparejada no solo una mayor afluencia de bienes y servicios entre estados, sino también de personas. Consciente de dicha realidad y para facilitar el libre movimiento de personas dentro de la Unión, el Reglamento (UE) 650/2012 regula ciertos criterios de conexidad para dirimir convenientemente la ley aplicable en las sucesiones llamadas «transfronterizas»; instrumento jurídico el cual llama la atención por su indudable favor *pactum*.

*Trabajo premiado en la VI Edición del “Premio Adrián Celaya para Jóvenes Juristas”, otorgado por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, en 2021.

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia
ISSN: 2173-9102
D.L./L.G.: BI-1677-03

Ilustre Colegio Notarial del País Vasco
Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestua
Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua
Boletín *JADO*. Bilbao. Año XVII. Nº 30. Enero-Diciembre, 2022, pp. 427-483
JADO Aldizkaria. Bilbo. XVII. urtea. 30 zk. 2022, Urtarrila-Abendua, 427-483 or.

Al mismo tiempo, tras la promulgación de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, se consolida el pacto sucesorio como un mecanismo jurídico de eminente interés práctico para los otorgantes en la CAPV.

Es por ello, por lo que en el presente estudio se hará un análisis comparativo de la *regulación sustantiva* de la LDCV y la *conflictual* del Reglamento; análisis que conjugará convenientemente un estudio de exégesis del Derecho positivo, combinado con una perspectiva fenomenológica y práctica del problema.

Palabras clave: sucesiones transfronterizas; libre circulación; pacto sucesorio; Derecho Civil Vasco.

Ekainaren 25eko euskal zuzenbide zibilaren legeko oinordetza-itunen mugaz gaindiko ikuspegia

Laburpena: Mugaz gaindiko oinordetzak gorantza datorren joera dira, globalizazioa eta Estatuaren artean ibiltzea erraztu denetik aurrera. Hortaz, pertsonen zirkulazio askea sustatu da azken aldian. Egoera hori benetakoa da Europar Batasunean, integrazio-politiken ondorioz, Estatuaren artean zerbitzu eta ondasunak ibili baitira, eta pertsonak ere bai. Errealitate horren jakitun eta Batasunaren barruan pertsonen joan-etorri askea errazteko, 650/2012 Erregelamenduak (EU) mugaz gaindiko oinordetzen lege aplikagarria behar bezala zehazteko lotura guneak arautu ditu. Irizpide horiek deigarriak dira favor pactum tresnaren alde egiten dutelako.

Aldi berean, ekainaren 25eko Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko 5/2015 Legea aldarrikatutakoan oinordetza-itunak sendotu dira tresna juridiko horiek Euskal Autonomia Erkidegoko itun-egileentzat interes praktikoa dutelako.

Hori dela eta, azterketa honetan erkatuko dira Euskal Zuzenbide Zibileko Legearen arauketa sustantiboa eta Erregelamenduaren gatazkei buruzko arauak; azterketa horretarako Zuzenbide positiboaren interpretazioa uztartuko da arazoaren ikuspegi praktikoarekin, hots, eguneroko arazoekin.

Gako-hitzak: mugaz gaindiko oinordetzak; zirkulazio askea; oinordetza-itunak; Euskal Zuzenbide Zibila.

Cross-border approach of the succession agreements of the law 5/2015, of 25 of june, basque civil law

Abstract: Cross-border successions are a phenomenon on the rise, since the globalization and greater ease of movement between states, has made free movement between people is encouraged. This is particularly true in the EU, where integration policies have been accompanied not only by greater flow of goods and services between states, but also of people. Aware of said reality and to facilitate the free movement of people within the Union, Regulation (EU) 650/2012 regulates certain connection criteria for conveniently settle the applicable law in so-called “cross-border” successions »; legal instrument which draws attention for its undoubted favor pactum.

At the same time, after the enactment of Law 5/2015, of June 25, on Law Basque civil society, the succession pact is consolidated as a legal mechanism of eminent practical interest for grantors in the Basque Country.

That is why, in the present study, a comparative analysis of the substantive regulation of the LDCV and the conflictual regulation; analysis that will combine suitably a study of exegesis of positive law, combined with a phenomenological and practical perspective of the problem.

Key words: cross-border successions; Free movement; succession agreement; Law Basque civilian.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EXAMEN COMPARATIVO DEL PACTO SUCESORIO EN LA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO Y SU REGULACIÓN EN EL R(UE) 650/2012: 1. Análisis de las características técnico-jurídicas del pacto sucesorio en la Ley de Derecho Civil Vasco: A. *Exigencias de capacidad*; B. *Contenido de los pactos sucesorios y elementos formales. El sistema numerus apertus*; C. *Efectos del pacto sucesorio en relación con otros títulos sucesorios*; 2. Análisis de las características técnico jurídicas del pacto sucesorio en el R(UE) 650/2012: A. *Artículo 25.1 del Reglamento. Pactos sucesorios que afectan a la sucesión de una sola persona*; B. *Artículo 25.2 del Reglamento. Pactos sucesorios que afectan a la sucesión de varias personas*; C. *Artículo 25.3 del Reglamento. Elección de ley aplicable al pacto*. III. CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL R(UE) 650/2012 A PACTOS TRANSFRONTERIZOS: 1. Problemática de la lex fori española: la pluri-legislatividad; 2. Incidencia en la aplicación de la Ley de Derecho Civil Vasco a los pactos transfronterizos: perspectiva fenomenológica; 3. El problema en la práctica y la Jurisprudencia: A. *La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública*; B. *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea*; C. *Comentario*; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES.

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

- art(s).: Artículo/s
- CAPV: Comunidad Autónoma del País Vasco
- CC: Código civil
- Cfr.: Compárese con
- Coord.: Coordinador/a
- CSE: Certificado sucesorio europeo
- DCE: Dictamen del Consejo de Estado
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado, nombre de la DGSJFP antes de la entrada en vigor del RD 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura básica de los departamentos ministeriales
- DGSJFP: Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
- DiPr: Derecho internacional privado
- Dir(s).: Director/es
- EM: Estado/s miembro de la UE
- INU: Índice Notarial Único
- LDCV: Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco
- pág(s).: Página/s
- R (UE) 2016/1103: Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, en materia de regímenes económicos matrimoniales
- R (UE) 2016/1104: Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016, en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas

- R (UE) 650/2012: Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio de 2012, en materia de sucesiones mortis causa y creación de un certificado sucesorio europeo
- SAP: Sentencia Audiencia Provincial
- STC: Sentencia Tribunal Constitucional
- STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la UE, también conocido como Tratado de Lisboa
- TJUE: Tribunal de Justicia de la UE
- TUE: Tratado de la UE, también conocido como Tratado de Maastricht
- UE: Unión Europea
- vid.: Véase en
- v.gr.: *Verbi gratia*

II. INTRODUCCIÓN

Las sucesiones transfronterizas son un fenómeno en auge, ya que la globalización y una mayor facilidad de movimiento entre estados, ha hecho que el libre movimiento entre personas se fomente. Esto es particularmente cierto en la UE, donde las políticas de integración han llevado aparejada no solo una mayor afluencia de bienes y servicios entre estados, sino también de personas. IGLESIAS BUIGUÉS y PALAO MORENO recuerdan que, según datos de la Comisión Europea, en 2005, «el número total de nacionales de Estados miembros de la UE que residían en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad era de 5.367.000» y que se estimaba que «entre 800.000 a 1.000.000 de alemanes poseían inmuebles en España, Italia y Francia»¹.

Consciente de dicha realidad y para facilitar el libre movimiento de personas dentro de la Unión, el R (UE) 650/2012 regula ciertos criterios de conexidad para dirimir convenientemente la ley aplicable en las sucesiones llamadas «transfronterizas»; instrumento jurídico el cual llama la atención por su indudable *favor pactum*².

Al mismo tiempo, tras la promulgación de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, se consolida el pacto sucesorio como un mecanismo jurídico de eminente interés práctico para los otorgantes en la CAPV. De hecho, su sistema *numerus apertus*, unido a las numerosas ventajas de la ordenación sucesoria en vida³ han hecho que esta figura sea un éxito tras la

¹ IGLESIAS BUIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G.: *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 21-22.

² FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A.: *Las sucesiones «mortis causa» en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N° 250/2012*. Pamplona: Editorial Aranzadi, págs. 341 y ss.

³ OÑATE CUADROS, F.J.: «Comentario al artículo 100 de la Ley de Derecho civil vasco». En URRUTIA BADIOLA, A.; LLEDÓ YAGÜE, F.; MONJE BALMASEDA, O. (Dir.) y URRUTIA BADIOLA, A. (COORD.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020, págs. 783-784.

entrada en vigor de la ley. Un estudio estadístico llevado a cabo por el INU revela que, para los años sucesivos a la entrada en vigor de la LDCV, los contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente han aumentado considerablemente. Así, para los territorios de Bizkaia, Gipuzkoa y Araba se observa, en los años 2015, 2016, y 2017, la siguiente evolución: Bizkaia ($43 < 55 < 166$), Gipuzkoa ($0 < 46 < 90$) y Araba ($5 < 47 < 70$).

Por todo ello, en las siguientes líneas se hará un análisis comparativo de la *regulación sustantiva* de la LDCV y la *conflictual* del Reglamento; análisis que conjugará convenientemente un estudio de exégesis del Derecho positivo, combinado con una perspectiva fenomenológica y práctica del problema. La ambición es la siguiente: dirimir cuándo es aplicable la LDCV a un pacto transfronterizo en virtud del R (UE) 650/2012; sin ahondar en la relación existente entre el pacto sucesorio y el CSE. Ello excede del objetivo de este trabajo pues resulta un tema de análoga complejidad merecedor de un trabajo paralelo a este.

III. EXAMEN COMPARATIVO DEL PACTO SUCESORIO EN LA LDCV Y SU REGULACIÓN EN EL R (UE) 650/2012.

3.1. Análisis de las características técnico-jurídicas del pacto sucesorio en la LDCV

Previo al análisis comparativo que se lleva a cabo en las siguientes líneas, cabe detallar las siguientes cuestiones. Por una parte, la LDCV es una ley de *Derecho sustantivo*, es decir, en ningún caso se ocupa ella de regular los puntos de conexión que son aplicables en las sucesiones transfronterizas que son objeto de estudio en este trabajo⁴, ya que, como bien puntualiza OÑATE CUADROS «la determinación de cuándo sea o no aplicable la ley

⁴ Ahora bien, como más tarde se corrobora en este trabajo, la LDCV sí contiene normas de conflictos *interlocales* en materia de regímenes económico-matrimoniales; tal y como

vasca, es una cuestión ajena a la competencia del legislador vasco, correspondiendo a la normativa estatal, europea o internacional, en su caso»⁵. Por otra, el R (UE) 650/2012 sí es competente en esta última materia, ya que su *razón de ser* es precisamente esa, v.gr., regular «la competencia, 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».

Dicho eso, es interesante saber cuál es la regulación específica de los pactos sucesorios bajo la LDCV, porque una vez sea esta elegida como norma aplicable a la sucesión transfronteriza; serán sus exigencias en cuanto a capacidad, contenido y forma las que se apliquen. Además, no se debe olvidar que la perspectiva transfronteriza de este trabajo se circunscribe a los pactos sucesorios regulados bajo dicha ley, por lo que tampoco parece aceptable dejar de mencionar (al menos sucintamente) la regulación que la misma lleva a cabo respecto del mecanismo jurídico objeto de estudio. Finalmente, el análisis de esta regulación interna deberá de tener en cuenta varias cuestiones de contenido; de las que hay que destacar las diferencias entre los efectos del pacto sucesorio en relación con otros títulos sucesorios.

Para una mayor comprensión lectora este epígrafe se divide en tres sub-apartados relativos a a) exigencias de capacidad, b) contenido y forma de los pactos y c) efectos en relación con otros títulos sucesorios.

quedó establecido en el DCE n° 1537/1992 sobre la Adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y Estatuto de Autonomía del País Vasco de la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho Civil Foral. En dicha resolución se establece que «El artículo 92 (...) no sería una norma de resolución de conflictos interregionales, sino de los propios conflictos que pudieran suscitarse por la diversidad de regímenes jurídicos civiles existentes en el País Vasco. Desde este punto de vista, no se aprecian fundamentos jurídicos suficientes para mantener el recurso de inconstitucionalidad».

⁵ OÑATE CUADROS, F.J. *Comentario al artículo 100...*, *op. cit.* pág. 787.

A. Exigencias de capacidad

Es importante ahora hacer referencia a las normas de regulación que sí son competencia del legislador vasco pues, como se ha dicho, se aplican una vez se haya establecido que la ley aplicable a la sucesión transfronteriza es la LDCV. En virtud del artículo 100.3 de dicha norma, será imperativo que los otorgantes sean mayores de edad, cuestión que aleja la sucesión paccionada de la testamentaria, pues para esta última el legislador establece la libertad de testar a los 14 años (salvo testamento ológrafo)⁶. En cuanto al instituido y las demás partes del pacto, el art. 100.3 LDCV no parece referirse directamente a ellos, quedando el tema en cuestión sin pronunciamiento expreso alguno por parte del legislador. A este respecto cabe remarcar que la negativa de que los menores de edad o personas con capacidad judicialmente modificada puedan ser beneficiarios de los pactos no parece admisible, máxime cuando la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 2.1 afirma que «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor»⁷.

En cuanto a las personas con capacidad modificada judicialmente, cabe distinguir dos supuestos. En primer lugar, para que éstas sean capaces de otorgar el pacto, la resolución en la que se modifica su capacidad habrá de permitir que la misma realice los actos de disposición surgidos en el mis-

⁶ Artículo 688 del CC.

⁷ De hecho, y sobre todo en el contexto de este trabajo, resulta de especial interés la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia de la CAPV. En efecto, en su artículo 4, después de reconocer su inspiración en la Ley Orgánica 1/1996, establece especialmente para Euskadi que «el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y la protección de sus derechos en orden a garantizar su desarrollo deben primar sobre cualquier otro interés legítimo concurrente».

mo. En segundo lugar, cuando la persona con la capacidad judicialmente modificada sea beneficiaria del pacto, parece acertado suponer que la exigencia del artículo 271.4 del CC opera de manera limitada en los casos en los que la LDCV sea de aplicación. Efectivamente, el 271.4 CC exige la intervención judicial para que el tutor pueda aceptar herencias sin beneficio de inventario⁸. No obstante, tal y como puntualiza IRIARTE ANGEL, a partir de la entrada en vigor de la LDCV la responsabilidad del heredero tras la aceptación de la herencia es *cum viribus* y no *ultra vires*; y se ha establecido un «beneficio de separación del patrimonio»⁹; que deja la exigencia del 271.4 CC francamente reducida.

B. Contenido de los pactos sucesorios y elementos formales. El sistema numerus apertus

Para comprender el alcance del contenido de los pactos sucesorios en el Derecho civil vasco, se han de puntualizar varias cuestiones. En primer lugar, se ha de poner en conexión este epígrafe con el artículo 4 de la LDCV, que regula el principio de la libertad civil, por el siguiente tenor literal: «De acuerdo con el principio de libertad civil, tradicional en el Derecho civil vasco, las leyes se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos de ellas derivados será válida en tanto no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a tercero».

Esta regla, que se inspira en el *standum est chartae* del Derecho aragonés y en el principio de *paramiento fuero vienze* del Derecho civil navarro, se queda, en opinión de TORRES LANA, «algo más allá y a la vez algo más acá

⁸ OÑATE CUADROS, F.J. *Comentario al artículo 100...*, *op. cit.* pág. 795.

⁹ IRIARTE ANGEL, F. de B.: «Comentario al artículo 21 de la Ley de Derecho civil vasco». En URRUTIA BADIOLA, A.; LLEDÓ YAGÜE, F.; MONJE BALMASEDA, O. (Dir.) y URRUTIA BADIOLA, A. (COORD.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020, págs. 243-256.

del marco diseñado por el CC [para la libertad contractual]»¹⁰. En efecto, se aproxima al Derecho común pues no regula de manera expresa la libertad del pacto al concebirla preexistente. En cambio, se aleja del sistema propuesto por el CC pues afirma el carácter dispositivo de las leyes.

Es dicho carácter dispositivo de las leyes el que posibilita un sistema de *numerus apertus* de los pactos sucesorios en el sistema de la LDCV, pues la ley ofrece un abanico de posibilidades que hace las opciones prácticamente ilimitadas. Así, se observan las disposiciones *mortis causa*, que pueden ser a título universal o singular (art. 103 LDCV), o con eficacia de presente (*inter vivos* art. 104 LDCV) y *post mortem* (art. 105 LDCV). También se observa la posibilidad de renunciar a la legítima de manera previa a la muerte del causante (art. 48.5 LDCV) y la de disponer de los derechos sucesorios pertenecientes a la herencia de un tercero con consentimiento de este (en virtud del artículo 100.2 LDCV). Desde una perspectiva transfronteriza, este sistema abierto y prácticamente ilimitado para otorgar pactos es francamente interesante.

En un primer ejercicio de abstracción, piénsese en un operador jurídico (abogado especialista en sucesiones, notario etc.) que lleva a cabo su actividad en territorio vasco, y ha de asesorar a dos cónyuges; el uno con nacionalidad española y vecindad civil vasca, y el otro con nacionalidad francesa. Estos, quieren transmitir la casa de Bilbao al primero de sus tres hijos, el único que se ha quedado a vivir en el País Vasco. Pues bien, tras un estudio del caso, el operador descubrirá que en el sistema francés, dos son las posibles excepciones que existen a la norma general prohibitiva de los pactos sucesorios: la donación de bienes futuros (que solo se puede hacer a los cónyuges y está regulada en el artículo 943 del *Code* francés)

¹⁰ TORRES LANA, J. A.: «Comentario al artículo 4 de la Ley de Derecho civil vasco». En URRUTIA BADIOLA, A.; LLEDÓ YAGÜE, F.; MONJE BALMASEDA, O. (DIRS.) y URRUTIA BADIOLA, A. (COORD.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020, pág. 94.

y la *donation-partage* (regulada en los artículos 1.075 y ss. del *Code*, y que se asemeja con sus más y sus menos a un pacto sucesorio con eficacia de presente realizable de ascendientes a descendientes)¹¹. La gran aportación que facilita el sistema *numerus apertus* de la LDCV en este caso es que, el operador, puede recomendar a los instituyentes que elijan la ley nacional-regional del cónyuge vasco como la aplicable al pacto, por la vía del 25.3 del R (UE) 650/2012 que más tarde se explicará en este trabajo. Al ser la ley vasca mucho más abierta y favorecedora de los pactos sucesorios (y además elegible para el caso que nos ocupa), el operador puede despejar la incertidumbre que pesa sobre los contrayentes, preocupados por si el pacto resulta finalmente inválido de aplicarse las exigencias (mucho más severas) de la ley francesa.

Finalmente, en cuanto a la *forma* que han de revestir los pactos sucesorios, valga con hacer referencia al artículo 100.4 de la LDCV, el cual establece que los mismos «habrán de otorgarse necesariamente por escritura pública». Esta norma de carácter imperativo se observa de manera generalizada para las disposiciones testamentarias en Derecho comparado, y responde a la salvaguarda de los intereses del causante, sus sucesores y los terceros afectados.

C. Efectos del pacto sucesorio en relación con otros títulos sucesorios

En lo que se refiere a la relación de los efectos del pacto sucesorio con otros títulos sucesorios, el presente apartado se detendrá en tres niveles de análisis: a) en la relación con el testamento, b) en la relación con las donaciones *mortis causa* y c) en la relación con el testamento mancomunado.

¹¹ Código civil francés, versión consolidada. En *Légifrance*: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>. (Fecha de consulta 17-05-2021). Cfr. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: «*Ley aplicable a los pactos sucesorios*». [Tesis de doctorado, Universidad de Santiago de Compostela]. Repositorio Institucional – Universidad de Santiago de Compostela: 2013, págs. 53-54.

En lo referente al *testamento*, se han de describir los criterios de prevalencia que establece el artículo 101 de la LDCV. En su primer apartado, aclara que «la designación de sucesor en bienes por pacto sucesorio deja sin efecto cualquier disposición testamentaria anterior sobre los bienes comprendidos en el pacto». Ésta última fórmula, da a entender que el pacto posterior al testamento solo revocará este último en aquello que fueran incompatibles. Ello, marca una notable diferencia con la regulación que para el testamento determina el CC en su artículo 739, v.gr., «el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto».

En cambio, la situación cambia considerablemente cuando el instrumento que se ha otorgado en primer lugar es el pacto sucesorio (pacto sucesorio anterior al testamento) o cuando se han otorgado dos pactos sucesorios consecutivos. Dice el artículo 101.2 que «[la designación a la cual se refiere el apartado 1] solo podrá modificarse o resolverse mediante nuevo pacto entre los otorgantes o sus sucesores o por las causas que hayan establecido las partes». Lo cual ha de ponerse en relación con el contenido del artículo 101.3 del mismo texto legal, que ordena que «el pacto sucesorio se extingue por las causas que las partes hubieran fijado o las legalmente establecidas».

De ello se ha de estimar que, en los casos en los que el pacto sea anterior a otro pacto o a un testamento, la regla general a la que se ha de acudir es la prevalencia del primero en lo que sean incompatibles. No obstante, es necesario marcar la incidencia que el principio de libertad civil tiene a este respecto, pues ambos 101.2 y 101.3 hacen referencia a la libertad que tienen las partes para establecer causas de modificación o extinción. Siendo ello así, no hay razón para negar completamente la revocabilidad unilateral del pacto, pues esta última puede resultar del todo posible si se hubiera acordado entre las partes en el pacto de origen.

En otro orden de cosas, en lo referido a la relación entre los pactos sucesorios y las *donaciones mortis causa*, cabe establecer que la LDCV entiende que cualquier donación *mortis causa* es un pacto sucesorio vid. art. 102, «salvo estipulación en contrario». Ello es una consecuencia del sistema autointegrado que representa el Derecho civil vasco, pues pretende evitar una aplicación supletoria del Derecho común improcedente. No en vano, URRUTIA BADIOLA afirma a la hora de comentar el artículo 1 de la LDCV relativa a las fuentes jurídicas, que el Derecho civil vasco «se autoproclama íntegro y en vigor para toda la CAPV»¹².

Finalmente, cabe aquí hacer referencia al *testamento mancomunado*. En el plano interno de la LDCV, el testamento mancomunado tiene una consideración diferenciada, y la misma radica principalmente en su revocabilidad. Este hecho es remarcado por OÑATE CUADROS, pues afirma que un testamento mancomunado podrá pasar de ser un instrumento totalmente revocable, a ser completamente irrevocable, según se estipule por las partes¹³.

Ello es interesante desde una perspectiva transfronteriza, pues la doctrina ha hecho hincapié en la potencial corresponsividad que se puede dar en estos títulos sucesorios. En efecto, ZABALO ESCUDERO afirma que en el testamento mancomunado dos personas «manifiestan su última voluntad en un mismo documento pudiendo quedar dichas voluntades recíprocamente condicionadas, adquiriendo perfiles más cercanos a los pactos

¹² URRUTIA BADIOLA, A. M.: «Comentario al artículo 1 de la Ley de Derecho civil vasco». En URRUTIA BADIOLA, A. M.; LLEDÓ YAGÜE, F.; MONJE BALMASEDA, O. (Dir.) y URRUTIA BADIOLA, A. (coord.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020, pág. 63.

¹³ OÑATE CUADROS, F. J. «Comentario al artículo 101 de la Ley de Derecho civil vasco». En URRUTIA BADIOLA, A. M.; LLEDÓ YAGÜE, F.; MONJE BALMASEDA, O. (Dir.) y URRUTIA BADIOLA, A. M. (coord.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020, pág. 805.

sucesorios que a los propios testamentos»¹⁴. La principal consecuencia de esta posible irrevocabilidad y corresponsividad en los testamentos mancomunados, la describen BONOMI y WAUTELET, que como consecuencia estiman «apropiado someter su efecto vinculante a la ley que rige la validez de estos actos, como está previsto en el artículo 25 [del R (UE) 650/2012] para los pactos sucesorios»¹⁵.

Es decir, que, para el legislador europeo, un testamento mancomunado con cláusulas corresponsivas no es considerado como un testamento, sino como un pacto sucesorio, y se le aplican las normas del mismo¹⁶. Por todo ello, cabe anticipar lo siguiente. Es evidente que tanto la LDCV como el R (UE) 650/2012 piensan en un acto de disposición contractual para ordenar la sucesión de una o más personas a la hora de regular el pacto sucesorio, pero la normativa de conflicto europea subsume además el testamento mancomunado bajo la misma normativa que es de aplicación al pacto que afecta a la sucesión de varias personas. *Expressis verbis*, ello le es completamente ajeno a la LDCV, que piensa en los pactos y los testamentos mancomunados como dos instituciones jurídicas totalmente diferenciadas, pero en la práctica este hecho puede llevar a situaciones ciertamente interesantes para los operadores jurídicos.

¹⁴ ZABALO ESCUDERO, E.: «Conflictos interregionales en materia de derecho sucesorio aragonés». in *Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés*. Pág. 119. <https://cutt.ly/wbBRy5X> (Fecha de consulta 17-05-2021).

¹⁵ BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) N° 650/2012, de 4 de julio de 2012*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2015, pág. 343.

¹⁶ CALVO CARAVACA, A. F. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*. Granada: Editorial Comares, 2014, pág. 223. Son especialmente elocuentes al decir que «para el legislador europeo, el testamento es, por esencia, un acto necesariamente unilateral, dictado por una persona y solo sujeto a su voluntad libre. Por el contrario, desde el punto de vista europeo, el testamento mancomunado no es, en realidad un testamento».

3.2. Análisis de las características técnico-jurídicas del pacto sucesorio en el R(UE) 650/2012

Pasando ahora a las características técnico-jurídicas del R (UE) 650/2012, y focalizando la perspectiva en los pactos sucesorios, son varias las cuestiones que se han de tener en cuenta. En primer lugar, los diferentes estudios en la determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios tienden a identificar tres estrategias que las normas de conflicto han podido adoptar: a) la estrategia de la alternativa temporal o distributiva/aleatoria, b) la estrategia cumulativa y c) la estrategia de (mera) alternatidad. Como se verá, ninguna de las estrategias es adoptada enteramente por el Reglamento, sino que más bien se emplea una u otra según el caso.

Por ende, para una mayor y más sencilla comprensión lectora, el análisis que se lleva a cabo en las siguientes líneas se separará en dos grandes partes. La regla de conflicto aplicable a los pactos sucesorios que ordenan la sucesión de «una sola persona», y la regla de conflicto aplicable a aquellos pactos que ordenan la sucesión de «varias personas». Finalmente, se hará una breve mención a la posibilidad de elegir la ley aplicable (vid. art. 25.3 del R(UE) 650/2012).

A. Artículo 25.1. del Reglamento. Pactos sucesorios que afectan a la sucesión de una sola persona

«Un pacto sucesorio relativo a la sucesión de una sola persona se registrará, por lo que atañe a su admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución, por la ley que, en virtud del presente Reglamento, fuese aplicable a su sucesión si aquella hubiera fallecido en la fecha de conclusión del pacto».

Con gran acierto interpretativo, SÁNCHEZ ARISTI entiende como ley aplicable «a su sucesión si aquella hubiera fallecido en la fecha de conclusión del pacto» aquella ley «que habría sido aplicable a la sucesión de haber

fallecido el causante en el momento de su otorgamiento (ley sucesoria anticipada), conforme a los criterios del R.(UE) 650/2012»¹⁷. Ahora bien, cabe subrayar que el criterio de *ley sucesoria anticipada* no fue siempre la estrategia por la que los redactores del Reglamento se decantaron. Más bien, fue la estrategia de la *alternativa temporal o distributiva*, la que desde un inicio la Propuesta defendió (vid. art. 18.1 de la Propuesta del Reglamento¹⁸).

A ojos de la Propuesta, era tan lícito dirimir la validez del pacto en cuestión tanto por la ley que fuese aplicable a la sucesión en el momento del otorgamiento, como aquella ley que fuese de aplicación en el momento del fallecimiento del causante. Esta solución ha sido rechazada por la mayoría de la doctrina¹⁹, y ello porque desvirtúa la función económica

¹⁷ SÁNCHEZ ARISTI, R.: «El 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 ya la creación de un certificado sucesorio europeo». in *Actualidad jurídica Uria Menéndez*. 2016, n° 42, págs. 95-103. Ello no es más que el resultado de la interpretación de las normas 21 (Regla general) y 22 (Elección de la ley aplicable), para la determinación de la ley aplicable del R. (UE) 650/2012.

¹⁸ La Propuesta del Reglamento es el antecedente legislativo más próximo al R. (UE) 650/2012. Cfr. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo «a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo». Bruselas, 14 de octubre de 2009. COM (2009) 154 final {SEC (2009) 410} {SEC (2009) 411}. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX-%3A52009PC0154> (Fecha de consulta 17-05-2021). Propuesto en 2009, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: *El Reglamento Sucesorio...*, *op.cit.* pág. 14, se refieren a el como el texto «que fue elaborado por los técnicos de la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la UE, cuyo objetivo es proponer textos para la regulación de la cooperación judicial transfronteriza en materia civil en la UE, así como la armonización del DiPr».

¹⁹ BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *El Derecho Europeo...*, *op. cit.* págs. 348-349.

de los pactos sucesorios²⁰. Efectivamente, la pluralidad y diversidad de los pactos sucesorios en los EM es amplia; llegando los mismo a regularlos con amplitud (*numerus apertus*), a regularlos por medio de listas cerradas (*numerus clausus*) e incluso prohibiéndolos taxativamente²¹. Por ende, no parece razonable la adopción de la estrategia temporal o distributiva por el R (UE) 650/2012, ya que desvirtuaría el fin querido por muchas de las regulaciones nacionales las cuales está llamado a regir.

Particularmente, ello tiene excepcional virtualidad en el País Vasco, ya que no es extraña la sucesión por medio de pactos con eficacia de presente²². No es aceptable que el R (UE) 650/2012 *desplace* el momento en el que es conocida la ley aplicable al pacto al momento del fallecimiento del causante, pues ello crea incertidumbre jurídica entre instituyentes e instituidos. En palabras de AZCÁRRAGA MONZONÍS «la regla proporciona a las partes una mayor previsibilidad al no tener que esperar al momento del fallecimiento y en todo caso tanto la legislación europea como en la nacional se ha evitado el problema del conflicto móvil»²³.

Por todo ello, y en lo que respecta a los pactos sucesorios que solo afectan a la sucesión de una persona, valga puntualizar que la característica técnico-jurídica más remarcable del R (UE) 650/2012 es el rechazo de la estrategia de la alternatividad temporal o distributiva, en pos de un criterio que otorga más seguridad jurídica no solo a los contrayentes del pacto

²⁰ RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I.: «La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012». in *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. 2013, n° 2, pág. 28; OÑATE CUADROS, F.J. *Comentario al artículo 100...*, op. cit. pág. 784.

²¹ FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A.: *Las sucesiones mortis...*, op. cit. págs. 341 y ss.

²² Véanse estadísticas del INU mencionadas en la introducción de este trabajo.

²³ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: «Comentario al artículo 25 del R (UE) 650/2012». En IGLESIAS BUIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G.: *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 186.

sino a los operadores jurídicos que habrán de asesorar tanto al instituyente como a los instituidos (v.gr., el de la ley sucesoria anticipada, ley sucesoria hipotética o ley aplicable en el momento del otorgamiento del pacto).

B. Artículo 25.2. del Reglamento. Pactos sucesorios que afectan a la sucesión de varias personas

«Un pacto sucesorio relativo a la sucesión de varias personas únicamente será admisible en caso de que lo sea conforme a la ley que, de conformidad con el presente Reglamento, hubiera sido aplicable a la sucesión de cada una de ellas si hubieran fallecido en la fecha de conclusión del pacto».

En este segundo caso, se verá como de entre las tres estrategias antes mencionadas para regir las normas de conflicto en materia de sucesiones en Derecho comparado, el R(UE) 650/2012 finalmente se ha decantado por la *solución cumulativa*. Sin embargo, resulta preciso concretar lo siguiente. Aunque el Reglamento se decanta por la estrategia cumulativa, entender porqué rechaza la solución distributiva y la solución alternativa es primordial para comprender su *ratio decidendi* y la política transfronteriza que persigue. Por otro, es necesario matizar la manera por la cual aplica la estrategia cumulativa; ya que ésta se aplica *mutatis mutandis* y mediante una estricta moderación que opera por la vía de la autonomía conflictual (la cual está recogida en el artículo 25.3 y añade un elemento *favor validitatis* innegable: la elección de la ley aplicable).

Pues bien, abordando la primera de las cuestiones presentadas, ¿por qué el R (UE) 650/2012 opta por la solución cumulativa? ¿por qué rechaza las estrategias distributivas y de alternatividad? Empezando por el final, cabe decir que la alternatividad sí estaba contemplada en la Propuesta del Reglamento (vid. art. 18.2 de la Propuesta del Reglamento). Sin embargo, como ya decía ÁLVAREZ GONZALEZ, «la validez de un pacto sucesorio conforme a la norma basada en la alternatividad es internacionalmente

más débil (...) que la validez de un pacto sucesorio basado en la acumulación»²⁴. En efecto, en el primer caso la disposición sucesoria puede ser rechazada por aquellos sistemas jurídicos que prohíban los pactos sucesorios.

Imagínense dos hermanos, uno con residencia habitual en el País Vasco y otro con residencia habitual en Italia, que se instituyen herederos recíprocamente por medio de un pacto sucesorio con eficacia *post mortem*. Según la estrategia de alternatividad, el pacto sería válido, aunque la ley italiana rechace la eficacia de este, pues la ley aplicable al otro hermano (la LDCV por tener éste residencia habitual en la CAPV), sí que la admite.

Por otro lado, y refiriéndonos ahora a la estrategia distributiva, ésta «pasa por aplicar la ley sucesoria anticipada del primero que fallezca»²⁵; no obstante, su aleatoriedad la hace rechazable sin necesidad de grandes explicaciones. En el ejemplo anteriormente explicado, la validez del pacto dependería de que primero muriese el hermano con residencia habitual en el País Vasco o el que tuviese su residencia habitual en territorio italiano, causando gran inseguridad jurídica. Queda visto pues, que, aunque la estrategia de la alternatividad y la distributiva son ambos métodos que abogan por la validez de los pactos sucesorios, desde una esfera transfronteriza se ven como débiles internacionalmente (sobre todo la primera) y poco loables o técnicas (en el caso de la segunda).

Por todo ello, el R (UE) 650/2012 opta finalmente por la *estrategia cumulativa* como se puede apreciar en el anteriormente transcrito artículo 25.2. Vale la pena señalar, además, que en el caso del ejemplo que se viene dando de manera reiterada este método es el único por el cual el pacto entre los hermanos con residencia en el País Vasco y en Italia deja de ser vá-

²⁴ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «La determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios. ¿Hasta dónde el favor validitatis?». In *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. 2013, vol. 22, pág. 60.

²⁵ RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: *La ley aplicable...*, *op. cit.* pág. 29.

lido, pues basta que una de las leyes aplicables al caso (la italiana) rechace el pacto para que éste no sea admisible. Sin embargo, en aquellos casos en los que el pacto sí fuese válido o, mejor dicho, aceptable por todas las legislaciones aplicables en juego (imaginemos que el hermano con residencia en Italia ahora la tiene en Alemania), es preciso mencionar que el artículo 25.2 párrafo primero solo determinaría su admisibilidad. Efectivamente, una lectura más profusa del artículo 25.2 párrafo segundo indica lo siguiente:

«Un pacto sucesorio que sea admisible en virtud del párrafo primero se registrará en cuanto a su validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución, por aquella de las leyes referidas en dicho párrafo con la que presente una vinculación más estrecha».

La clave aquí está en la última frase del texto legal ahora mencionado, v.gr., la ley «con la que [el pacto] presente una vinculación más estrecha». En otras palabras, el párrafo primero del artículo 25.2 establece la solución cumulativa para dirimir la validez de los pactos sucesorios. Conforme a dicha norma, se podrá afirmar la admisibilidad del pacto siempre y cuando todas las legislaciones de todos los disponentes implicados en el pacto admitan la figura contractual. Ahora bien, llegados a este punto, la validez material del pacto, sus efectos vinculantes entre las partes y las condiciones para su resolución las gobernará la ley que, entre todas ellas, guarde una más estrecha relación con el caso.

A este último hecho se refería el presente trabajo al decir que la estrategia cumulativa se adopta por el R (UE) 650/2012, pero que lo hacía *mutatis mutandis* (realizando los cambios necesarios), pues una concepción rígida de la opción cumulativa llevaría consecuencias que resultan a todas luces inoportunas. RODRÍGUEZ URÍA SUAREZ, hace referencia a este hecho al decir que la aplicación simple y llana de dicha estrategia, supondría «por ejemplo, que para que el pacto sucesorio tuviera una cau-

sa de revocación unilateral sería necesario que todas las leyes sucesorias anticipadas implicadas así lo previesen»²⁶. Así las cosas, una vez aceptada la validez del pacto en virtud de todas las legislaciones potencialmente aplicables al pacto en virtud del 25.2 párrafo primero; el párrafo segundo subsume las demás cuestiones de contenido a la ley sucesoria con una vinculación más estrecha al caso.

Pero ¿qué pasa si no es claro cuál de las disposiciones aplicables al caso guarda un vínculo más estrecho con el pacto sucesorio en cuestión? Parece ser que ésta es una de las inseguridades que bajo la nueva regulación europea tendrán que afrontar los operadores jurídicos²⁷. No obstante, no deja de ser cierto que el R (UE) 650/2012 guarda un último recurso que ayudará a la resolución de dicho dilema en el futuro, v.gr., la elección de la ley aplicable a los pactos sucesorios; regulada en el artículo 25.3 del Reglamento y que pasa a ser analizada a continuación.

C. *Artículo 25.3. del Reglamento. Elección de ley aplicable al pacto*

«No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, las partes podrán elegir como ley aplicable al pacto sucesorio, por lo que respecta a su admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución, la ley que la persona o una de las personas cuya sucesión se trate habría podido elegir de acuerdo con el artículo 22 en las condiciones que este establece».

El último de los rasgos técnico-jurídicos a destacar del R (UE) 650/2012 en relación con los pactos sucesorios es la posibilidad de que

²⁶ *Ibidem*. pág. 31.

²⁷ AZCÁRRAGA MOZONÍS, C.: *Comentario al artículo 25...*, *op. cit.* pág. 189. La autora menciona que son varias las circunstancias que se podrán tener en cuenta para superar esta «difícil concreción y que no permite a las partes previsión alguna en el momento de celebrar el pacto». Así nombra: el lugar del otorgamiento, la intervención de una autoridad nacional determinada, el lugar donde estén sitos los bienes objeto de la sucesión etc.

las partes tienen para elegir la ley que se aplicará al pacto. Respecto de esta elección en cambio, cabe hacer varias matizaciones. En primer lugar, el artículo 25.3 del Reglamento se remite al artículo 22 y, por ende, será posible elegir la ley de la nacionalidad que tengan los otorgantes bien en el momento de otorgamiento, bien en el momento del fallecimiento del causante. La primera matización viene ligada a este último aspecto, ya que como ha sido previamente mencionado en este texto, no parece razonable remitirse a la ley nacional del momento del fallecimiento, porque no son pocos los pactos que requieren conocer *en el mismo momento del otorgamiento* la ley que será aplicable a los mismos (piénsese, una vez más, en los pactos sucesorios con efecto de presente de la LDCV).

En otro orden de cosas, no deja de ser verdad que la elección de la ley aplicable sí esclarece cuestiones de vital importancia en relación con la seguridad jurídica. Más concretamente, y partiendo de la dificultad anteriormente expuesta de dirimir cuál de las leyes sucesorias anticipadas de los otorgantes es la que guarda un vínculo más estrecho al caso en cuestión, esta facultad de elección resulta interesante. Volviendo al caso de los hermanos que tenían residencia habitual respectivamente en el País Vasco y en Italia, imagínese ahora que no solo tenían residencia habitual, sino que eran nacionales/vecinos de dichos territorios.²⁸ Recuérdese también, que, en función de la solución cumulativa dada por el R (UE) 650/2012, el pacto era en principio inválido, pues no todas las leyes aplicables al pacto aceptaban la figura de la sucesión contractual. Pues bien, lo que posibilita el Reglamento es precisamente la realización de un pacto *lege utenda* en favor de la ley vasca, correspondiente a la *nacionalidad* del hermano vasco, y salvar así la prohibición enraizada por la opción cumulativa.

²⁸ Es decir, en el caso del País Vasco, imaginemos que el hermano no solo es nacional español, sino que además tiene la vecindad civil vasca.

Como se habrá podido observar, la elección de ley en los pactos sucesorios no se trata de una *professio iuris* unilateral del causante, por la cual se elige la ley aplicable a la totalidad de la sucesión, sino más bien, una elección que solo afectará a la ley que regirá el pacto. La principal consecuencia de ello es que la ley que regirá la totalidad de la sucesión del causante (*lex successionis*), no siempre podrá ser coincidente con la elegida por el pacto *lege utenda*.

CALVO CARACAVAL y CARRASCOSA GONZÁLEZ critican este resultado pues consideran que puede «darse el caso de que un pacto sucesorio válido con arreglo a la *lex successionis* anticipada [devenga] ineficaz en la práctica por el solo hecho de que el causante cambie de país de residencia habitual»²⁹. En consonancia con ello, BONOMI y WAUTELET estiman «que, cuando ello sea posible, el *cujus* hará bien de elegir el derecho aplicable a la totalidad de la sucesión conforme al artículo 22»³⁰. Sin embargo, ya se ha visto que no siempre se podrá elegir la ley conveniente, pues el R (UE) 650/2012 solo deja realizar pacto a favor de la ley de la nacionalidad, y no de la residencia habitual.

Precisamente por eso, la doctrina ha echado en falta que se incluya en el artículo 25.3 la opción de optar no solo por la ley nacional de los otorgantes, sino también por la ley de la residencia habitual de los mismos, pudiendo optar entre las leyes sucesorias anticipadas de cada uno de los otorgantes³¹.

²⁹ CALVO CARACAVAL, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El Reglamento Sucesorio...*, *op.cit.* pág. 231.

³⁰ BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *El Derecho Europeo...*, *op. cit.* pág. 353.

³¹ RODRIGUEZ-URÍA SUAREZ, I.: *La ley aplicable...*, *op. cit.* pág. 33; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I.: «La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones». in *Diario La Ley*. 2011, n° 7726, págs. 9-10.

Finalmente, cabe concluir que hasta este momento se han establecido las características técnico-jurídicas que definen al R (UE) 650/2012 en materia de pactos sucesorios, revisando la literatura doctrinal existente sobre su artículo 25. Además, anteriormente se han analizado de forma breve las características de los pactos sucesorios en la LDCV. Ahora, se procede a ejecutar el análisis fenomenológico que nace del engarce de las normas de conflicto internacionales con las normas de conflicto internas, y las consecuencias que ello tiene desde una perspectiva transfronteriza en la aplicación del pacto sucesorio regulado en la LDCV.

IV. CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL R (UE) 650/2012 A PACTOS TRANSFRONTERIZOS

Analizados los criterios por los cuales se dirime la ley aplicable a los pactos sucesorios en el R (UE) 650/2012; cabe preguntarse cuándo será finalmente aplicable la LDCV a un pacto transfronterizo. Ello es un tema que no está exento de polémica y que se enraíza principalmente en un punto conflictivo: *la plurilegislatividad española*. A continuación, se explicará 1) porqué la plurilegislatividad supone un problema a la hora de determinar la ley aplicable a los pactos transfronterizos en España y 2) la incidencia que ello tiene en la aplicabilidad de LDCV a los mismos. Finalmente, se analizarán los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales existentes hasta la fecha, tanto de origen interno (principalmente enfocados en las diferentes resoluciones de la DGRN – ahora DGSJFP³²) como comunitario (focalizados en el TJUE).

³² Como se sabe, la Dirección General de los Registros y del Notariado, pasó a llamarse Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública tras el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura básica de los departamentos ministeriales.

4.1. Problemática de la *lex fori* española: la plurilegislatividad

Hasta este punto, el presente trabajo ha descrito las características técnico-jurídicas del pacto sucesorio tanto en la LDCV como en el R (UE) 650/2012. Ahora bien, la situación de conflicto que aquí se trata acaece también (y, sobre todo) por una circunstancia hasta ahora omitida: la naturaleza plurilegislativa de la *lex fori* española. Efectivamente, si bien se ha afirmado que el Reglamento en su artículo 25 ofrece normas para identificar qué ley es aplicable a los a) pactos que afectan a la sucesión de una persona, b) los pactos que afectan a la sucesión de varias personas y c) el alcance de la *professio iuris*; en el caso español —y por ende en el vasco— dichos criterios de conexidad se modulan bajo las prescripciones del artículo 36 de la normativa europea, expuesto a continuación.

Ello no es baladí, pues siempre y cuando la remisión del artículo 25 declare que la ley potencialmente aplicable es la española (o, más bien, las españolas), se habrá de recurrir al artículo 36 para dirimir dos factores subsecuentes: 1) la admisibilidad del pacto y 2) la validez material y efectos vinculantes *inter-partes*. A este respecto, cabe diferenciar que dos son las posibles remisiones que existen a un sistema plurilegislativo por una norma de conflicto: *la indirecta y la directa*. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, explica que «la *remisión indirecta* deja en manos de las normas del Estado cuya ley ha sido reclamada por *la norma de conflicto* la identificación concreta [mientras que la *directa*] obvia las normas *de solución de conflictos de leyes internas* y utiliza los puntos de conexión de las normas de conflicto *como criterios identificativos* de la concreta ley aplicable»³³.

Pues bien, el artículo 36 del R (UE) 650/2012 opta por la primera de las soluciones y, en su primer apartado, estipula que «1. En el caso de que

³³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «El reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos». in *Revista de Derecho Civil*. 2015, n°4, págs. 8-9.

la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión».

Ahora bien, la dicción del artículo 36 del Reglamento no se detiene ahí, y en su artículo 36.2 establece preceptos subsidiarios «a falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes». Es decir, que, a falta de normas de conflicto internas para regular conflictos interregionales en casos transfronterizos, o cuando estas resultaren insuficientes, se recurrirá a las opciones del apartado segundo del artículo 36, que en esta ocasión parte del sistema directo. En palabras de IGLESIAS BUIGUES, el 36.2 R(UE) 650/2012 estipula:

- «a) cuando las normas de conflicto del Reglamento se refieran a la conexión residencia habitual, se entenderá que está haciendo referencia a la ley de la unidad territorial en la que el causante hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento.
- b) Resultando de aplicación la conexión nacionalidad, se estará a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha.
- c) Finalmente, cuando resulte de aplicación la ley de un Estado plurilegislativo en virtud de cualquier otra conexión, se aplicará la ley de la unidad territorial en la que esté situado el elemento pertinente»³⁴.

³⁴ IGLESIAS BUIGUES, J. L.: «La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico-matrimonial». in *Cuadernos de derecho transnacional*. 2018, n° 1, págs. 239.

Por todo ello, desde la perspectiva de este trabajo, tal y como afirma QUINZÁ REDONDO «el punto de partida será determinar qué se entiende por *normas internas de conflicto de leyes* cuando resulta de aplicación el Derecho español, tomando en consideración la remisión que el art. 16.1 CC realiza a las normas del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, en la materia que se está analizando, el artículo 9.8 CC»³⁵. En otras palabras, la entrada en vigor del R (UE) 650/2012 rompe con la unidad de fuentes y soluciones observada por el esquema de normas de DiPr español. Por ende, surte la duda de si, a ojos del artículo 36 del Reglamento, España sigue teniendo sus propias «normas de conflicto internas sobre conflicto de leyes» o bien se ha dado una alteración de las mismas.

Del debate que ahora se está haciendo mención han emanado dos interpretaciones marcadamente diferenciadas de dichas normas de DiPr: a) la interpretación *estática* y b) la interpretación *dinámica*. Los defensores de la interpretación *estática* entienden que la vecindad civil sigue vigente, al menos para los casos que involucren la sucesión de causantes españoles³⁶. En la línea de esta interpretación, BONOMI y WAUTELET constatan que «en España los conflictos interregionales se regulan por las mismas normas que los conflictos internacionales con las matizaciones que se indican en el art. 16 CC, entre las que sobresale la sustitución de la conexidad de la nacionalidad por la vecindad civil»³⁷. Ello supondría aplicar el criterio de la vecindad civil a sucesiones transfronterizas en virtud del artículo 36.1 del R(UE) 650/2012, pero como apuntan CALVO CARAVACA y CARRAS-

³⁵ QUINZÁ REDONDO, P.: «Comentario al artículo 36 del R(UE) 650/2012». En IGLESIAS BUIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G.: *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 295.

³⁶ *Ibidem*. Págs. 291 y ss.; ESPÍÑEIRA SOTO, M. I.: «Regímenes económico-matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas con repercusiones transfronterizas». in *El Notario del Siglo XXI*. 2021, n° 83, págs. 6-7.

³⁷ BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *El Derecho Europeo...*, *op. cit.* pág. 477.

CO GONZÁLEZ, dicha solución «suscita gravísimos problemas (...) sobre todo cuando se trata de extranjeros con residencia habitual en España cuya sucesión mortis causa se rige por el Derecho español»³⁸.

En contraposición a esta postura, los defensores de la interpretación *dinámica* de las normas de conflicto españolas abogan por entender que el artículo 9.8 del CC español «se encuentra vaciado por las disposiciones sobre ley aplicable del Reglamento»³⁹. La adopción de esta perspectiva *dinámica* supondría que la remisión que hace el art. 16.1, no se hace a favor del criterio de la vecindad, sino a favor de la residencia habitual. Sin embargo, tampoco faltan críticas a esta interpretación. En efecto, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, se muestra escéptica ante esta idea, pues «no corresponde a un Reglamento establecer derogaciones en conceptos exclusivamente internos, por carecer de base jurídica para ello; segundo, porque no altera en absoluto las reglas generales del Reglamento; tercero, porque quedaría sin solución la *professio iuris* a favor de la ley española»⁴⁰.

Como se puede ver, la discusión dista de ser sencilla y de tener una solución clara. Por ello, tras el estudio de la incidencia de la plurilegislatividad desde la perspectiva de la LDCV (que se hará a continuación), el presente trabajo pasará a evaluar la cristalización del problema en la práctica (apartado 3 del presente epígrafe).

Sin embargo, un análisis apropiado del R (UE) 650/2012 desde la perspectiva de los pactos sucesorios, no puede dejar de incluir el artículo 36.3. Esto es así porque este precepto se aplica únicamente a los pactos sucesorios y no a las demás disposiciones testamentarias⁴¹, que están su-

³⁸ CALVO CARAVACA, A. L. y GONZÁLEZ CARRASCOSA, J.: *El Reglamento Sucesorio...*, *op.cit.* pág. 267.

³⁹ QUINZÁ REDONDO, P.: *Comentario al artículo 36...* *op. cit.*, pág. 296.

⁴⁰ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: *Las sucesiones mortis...*, *op. cit.*, pág. 752.

⁴¹ *Ibidem*; QUINZÁ REDONDO, P.: *Comentario al artículo 36...* *op. cit.*, pág. 299.

jetas al Convenio de la Haya de 1961, de 5 de octubre. Valga referenciar a estos efectos que, cuando el artículo 27 del Reglamento, referente a «la validez formal de las disposiciones mortis causa realizadas por escrito», remita a un estado plurilegislativo, la validez formal del pacto se hará depender del criterio subsidiario de vinculación más estrecha con el causante o causantes, a falta de normas de conflicto internas.

4.2. Incidencia en la aplicación de la LDCV a los pactos transfronterizos: perspectiva fenomenológica

Desde el punto de vista del pacto sucesorio en la LDCV la antedicha plurilegislatividad no es un elemento que se haya de obviar. Si, como ha sido expuesto en este trabajo, los pactos sucesorios de carácter transfronterizo dependen para su validez de las reglas contenidas en el art.25 del R (UE) 650/2012 y si, a su vez, dichas reglas se modulan por la remisión a la plurilegislatividad que realiza el art. 36 del mismo cuerpo legal; habrá que determinar bajo qué circunstancias la normativa europea *señala* a la LDCV como norma reguladora de los pactos transfronterizos.

Dicho de otro modo, se quiere ahora delimitar la aplicación de los criterios anteriormente expuestos a los casos en los que se celebre un pacto sucesorio en el que al menos uno de los instituyentes tenga su residencia habitual en la Comunidad Autónoma del País Vasco o pueda, en virtud del R (UE) 650/2012, elegir las normas de Derecho civil vasco como las aplicables a su sucesión.

URRUTIA BADIOLA realiza un ejercicio similar a la hora de identificar cuándo, en virtud de los R (UE) 2016/1103 y R (UE) 2016/1104 resulta finalmente aplicable la LDCV al régimen económico-matrimonial o patrimonial de los matrimonios y las uniones registradas⁴². No obstante,

⁴² URRUTIA BADIOLA, A. M.: «La determinación del régimen económico-matrimonial y del patrimonial de las parejas de hecho en el Derecho civil vasco: nuevas perspectivas».

este trabajo se aparta en ciertos aspectos de las observaciones de dicho autor, principalmente porque los objetos en ellos analizados difieren. Dichos puntos de alejamiento se refieren a) al conflicto *interlocal* de leyes y b) a la posibilidad de elegir la ley de la residencia habitual.

En primer lugar, no es posible defender que en el caso del pacto sucesorio exista un conflicto *interlocal*, como de hecho existe en el caso del régimen económico-matrimonial. En efecto, a la hora de determinar el régimen-económico matrimonial de matrimonios transfronterizos en los que es susceptible la aplicación potencial de la LDCV, resulta necesario tener en cuenta los puntos de conexión no solo interregionales, sino también los *interlocales* (vid. art. 127 de la LDCV y el anteriormente mencionado DCE n° 1537/1992). Sin embargo, este no es el caso de los pactos sucesorios transfronterizos con potencial subsunción en la ley vasca, pues nada tiene que decir la misma sobre la ley aplicable a dichos pactos. Es decir, el Derecho civil vasco regula el fondo y contenido de los pactos una vez haya sido elegido por la norma de Derecho internacional privado pertinente, y no antes.

En otro orden de cosas, resulta discutible el carácter que juega la *troncalidad* de los bienes que por pacto sucesorio transfronterizo se transmitan. En opinión de la doctrina, el argumento de que la *troncalidad* del bien determine la aplicabilidad de la LDCV al pacto en virtud del R (UE) 650/2012, tiene cabida por la vía del artículo 30 de dicho cuerpo legal. Efectivamente, el Reglamento se refiere, en principio, a puntos de conexión personales y no territoriales, pero exceptúa el carácter especial de ciertos patrimonios, como la *troncalidad*⁴³.

En LLEDÓ YAGÜE, F.; FERRER VANRELL, M. P. (Dirs.) y MONJE BALMASEDA, O. (coord.): *Los regímenes económico-matrimoniales en derechos civiles, forales o especiales*. En prensa: Dykinson.

⁴³ La norma general en virtud del R (UE) 650/2012 es la residencia habitual en el momento del fallecimiento. En los pactos sucesorios, en el momento del otorgamiento (arts. 21 y 25). Además, como ya se ha visto, la *professio iuris* se puede hacer, exclusivamente, a

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la *professio iuris* a favor de la ley de la residencia habitual, cabe decir que ésta no tiene cabida en el Reglamento de sucesiones, a diferencia de lo que ocurre con los R(UE) 2016/1103 y R (UE) 2016/1104 (cfr. artículos 22 de ambos cuerpos legales). Efectivamente, el artículo 22 del R (UE) 650/2012 que aquí es de interés, no permite optar por la ley de la residencia habitual en el momento del fallecimiento (en este caso, léase *momento de otorgamiento del pacto* en virtud del artículo 25 inciso 3)⁴⁴. Así las cosas, la LDCV podrá ser solo elegida por los instituyentes cuando alguno de ellos ostente la nacionalidad española y, más concretamente, la vecindad civil vasca, sea esta aforada o no. Otro argumento a favor de esta interpretación es el recogido en el considerando 39 del R (UE) 650/2012, que a la hora de abordar la elección de ley se refiere exclusivamente a la «ley del Estado de su nacionalidad».

A este respecto, lo que sí cabe defender a favor de una eventual aplicación de la LDCV, es que dicha elección a favor de la *ley del Estado de su nacionalidad* no debe entenderse hecha exclusivamente en favor del Derecho civil común. Principalmente, ello es así porque la *lex fori* española es diversa y, por tanto, toda remisión que se haga al Derecho civil español se

favor de la ley de la nacionalidad que se ostente. En cambio, no cabe olvidar lo establecido en el artículo 30 del R (UE) 650/2012 «cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión». Cfr. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: *Las sucesiones mortis...*, *op. cit.*, pág. 233, que a la hora de comentar el artículo 30 del R (UE) 650/2012 determina que «cabe incluir los supuestos de bienes que poseen un destino prefijado por razones familiares —como lo es la troncalidad—».

⁴⁴ De hecho, se ha criticado esta carencia del Reglamento anteriormente en este trabajo (ver apartado C del título 2 del capítulo III de este trabajo).

ha de entender hecha a *todos los Derechos civiles españoles*⁴⁵. El argumento más sólido a favor de esta perspectiva es que el TC ha tenido oportunidad para referirse a esta cuestión en varias ocasiones, y que en todas ellas ha proclamado que no existe «una preeminencia incondicionada de uno u otro de los ordenamientos [españoles] que pueden entrar en colisión; por lo que se debe asegurar un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles»⁴⁶.

Llegados a este punto, se considera que se ha analizado convenientemente cuál es la relación efectiva que se da entre los artículos 21, 22, 25, 27, 30 y 36 del R (UE) 650/2012 y se ha explicado, a su vez, la relación que los mismos guardan con la LDCV en materia de sucesión pactada. Consecuentemente, un listado que no solo plasma los supuestos en los que la ley vasca puede ser aplicable a sucesiones transfronterizas pactadas; pero que también pone de relieve la complejidad del problema objeto de estudio, es el que sigue:

1. Otorgantes de nacionalidad europea diferente, uno de los cuales es de nacionalidad española y vecindad civil vasca general o vecindad civil local vizcaína aforada, residentes en la Comunidad Autónoma del País Vasco, que en virtud de pacto *lege utenda* optan por que la LDCV sea la que rija el pacto sucesorio.
2. Otorgantes de nacionalidad europea diferente, uno de los cuales es de nacionalidad española y vecindad civil vasca general o vecindad civil local vizcaína aforada, residentes en la Comunidad Autónoma del País Vasco, que en defecto de un pacto y por vía del R (UE) 650/2012 estarán sujetos a la ley sucesoria de su residencia habitual: la LDCV.

⁴⁵ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *El reglamento 650/2012...*, *op. cit.*, pág. 13.

⁴⁶ STC 226/1993, de 8 de julio de 1993 y STC 156/1993 de 6 de mayo de 1993.

3. Otorgantes de nacionalidad europea diferente, uno de los cuales es de nacionalidad española y vecindad civil vasca general o vecindad civil local vizcaína aforada, residentes en un país de la Unión Europea, que en virtud de pacto *lege utenda* optan por que la LDCV sea la que rijan el pacto sucesorio.
4. Otorgantes de nacionalidad europea, ninguno de los cuales es de vecindad civil vasca general o vecindad civil local vizcaína aforada, residentes en la Comunidad Autónoma del País Vasco, que en defecto de pacto y por la vía del R (UE) 650/2012 estarán sujetos a la ley sucesoria de su residencia habitual: la LDCV.

4.3. El problema en la práctica y la Jurisprudencia

Como se viene viendo la determinación de la ley aplicable a una sucesión transfronteriza no deja de ser un tema polémico y menos si se trata de pactos sucesorios. Por ello, en la práctica, la aplicabilidad de la LDCV se halla supeditada también a los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales habidos hasta la fecha. El presente epígrafe analiza las resoluciones jurisprudenciales más trascendentes, contestando en su comentario a una última pregunta ¿cuándo es la LDCV aplicable a un pacto transfronterizo?

A. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

El criterio de la DGSJFP a la hora de determinar la ley aplicable a pactos transfronterizos dista de ser uniforme, como se verá a continuación. Dos son los casos que más llaman la atención a este respecto: la RDGRN de 24 de mayo de 2019 y la RDGSJFP de 10 de agosto de 2020. En el primer caso, se está ante una señora de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca que realizó ante notario pacto de definición regulado en el artículo 50 de la Compilación balear, y por el que donó bienes a sus hijos, también de nacionalidad francesa y residencia

habitual en Mallorca. El segundo, es el caso de un señor de nacionalidad italiana, que transmite a su hijo, de nacionalidad estadounidense, dos fincas en virtud de un pacto sucesorio al amparo de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

Pues bien, los pronunciamientos de ambas Resoluciones establecen que, previa la subsunción de dichos pactos al artículo 25 R.(UE) 650/2012 analizado *supra*, se ha de determinar su validez formal respecto de los artículos 36.3 y 27 del Reglamento, expuestos también con anterioridad. Así, «un primer análisis del pacto debatido conduce al estudio de su validez formal, pues solo superado este filtro *será posible la aplicación de la lex putativa*»⁴⁷. Desde este razonamiento, la DGSJFP se pregunta si existe, para el caso de la validez formal, una norma de conflicto interna aplicable.

La respuesta es negativa, pues el órgano directivo entiende que las normas de conflicto internas españolas (9.8 y 16 CC) son insuficientes para el caso de sucesiones transfronterizas. Con anterioridad en este trabajo se ha visto que, en este caso, la norma subsidiaria de aplicación es la ley de la unidad territorial de vinculación más estrecha al pacto (véase comentario referente al artículo 36.3), y es precisamente este criterio, el que el órgano directivo adopta.

Considerado que las leyes que dirimirán la validez formal del pacto son las que guardan una más estrecha relación al mismo, la DGSJFP entiende que es la normativa balear la aplicable en este caso⁴⁸. A este respecto, cabe llamar la atención sobre una cuestión fundamental: se está sustituyendo una norma de conflicto por una norma de Derecho sustantivo, con las consecuencias que ello conlleva. Pues bien, el órgano directivo, termi-

⁴⁷ RDGRN de 24 de mayo de 2020 (EJ. n° 11).

⁴⁸ RDGRN de 24 de mayo de 2020 (EJ. n° 18) y RDGSJFP de 10 de agosto de 2020 (EJ. n° 6).

na por denegar la admisibilidad del pacto, por considerar que la norma aplicable (*¿sustantiva o de conflicto?*) exige una vecindad civil cualificada (*la vecindad civil mallorquina*) que los causantes carecen en ambos casos al ser extranjeros (*de nacionalidad francesa e italiana*).

Resulta aquí de imperante necesidad mencionar la reciente STSJ 01/2021 (primera), de 20 de mayo 2021, de las Islas Baleares, pues este Tribunal es el máximo intérprete de la Compilación Balear y desestima los argumentos aducidos por la RDGRN de 24 de mayo de 2019. En efecto, dicha sentencia establece que «tratándose, como en el caso, de una ciudadana de la Unión Europea, la sucesión de la disponente queda sometida a las previsiones del Reglamento sucesorio europeo, que es en realidad el derecho directamente aplicado, aunque integrado con las disposiciones de la Compilación». Es decir, que la Compilación *integra* las normas de conflicto europeas, pero no las sustituye como entiende la DGSJFP, de forma y manera que no cabe aplicar la vecindad civil mallorquina a una ciudadana francesa, cuando el criterio observado por el Reglamento es otro, v.gr., «la residencia habitual de la disponente en el momento de concluir el pacto sucesorio [que] constituye el nexo general determinante de la competencia y la ley aplicable»⁴⁹.

De hecho, en otras resoluciones, como la RDGRN de 24 de julio de 2019, el órgano directivo adopta una interpretación de las normas de conflicto diametralmente opuesta a la anteriormente mencionada, y que sí es coincidente con la perspectiva adoptada recientemente por el TSJ de las Islas Baleares. Efectivamente, este tercer caso, es el concerniente a la calificación negativa de una escritura de aceptación de derechos legitimarios otorgada por un causante alemán a favor de su hijo (nótese que el *cuius* había residido en la isla de Formentera durante más de 30 años). La DGSJFP interpretó que no había normas de conflicto internas aplicables al caso por ser las nor-

⁴⁹ STSJ 01/2021 (primera), de 20 de mayo de 2021, de las Islas Baleares. (FJ. n° 7).

mas de DiPr español (la vecindad civil vid. arts. 9.8 y 16 CC) inaplicables a un causante extranjero⁵⁰. Es así como en esta ocasión se aplica subsidiariamente la conexión de residencia habitual consagrada en el artículo 36.2.a. del R (UE) 650/2012, en discordancia con las resoluciones anteriores y dejando patente la falta de coherencia por parte del órgano directivo.

B. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Ante la falta de concreción de la DGSJFP y siendo el análisis que aquí se establece el de una norma de conflicto europea, como lo es el R (UE) 650/2012, los criterios del TJUE aplicables al caso resultan de inequívoco interés. En este sentido, valga decir que, aunque el TJUE no ha tenido oportunidad de pronunciarse específicamente sobre el tema de la vecindad civil española en casos transfronterizos⁵¹, sí que ha tenido oportunidad de pronunciarse en cuestiones de análogo interés. El caso de referencia es sin duda alguna la STJUE de 12 de octubre de 2017, C-218/16, caso Kubicka. En resumidas cuentas, se está ante la negativa de reconocer el legado vindicatorio de una mujer polaca (institución hereditaria típica en el Derecho civil de su nacionalidad), por ser la misma contraria a la «legislación y jurisprudencia» alemanas en asuntos de derechos reales (estado en el que tenía establecida su residencia habitual la causante)⁵².

⁵⁰ La RDGRN de 24 de julio de 2019 estipula en su FJ. 3º establece «el causante, que era, como se ha indicado, de nacionalidad alemana, carecía por definición de vecindad civil consustancial a la nacionalidad española».

⁵¹ Casi hubo oportunidad de ello como consecuencia del procedimiento judicial motivado por la RDGRN de 24 de mayo de 2019. La SAP 529/2020 (tercera) de Palma de Mallorca (FJ. 1º), especifica que en el recurso de Apelación la parte interesada desistió en las pretensiones de planteamiento de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial acerca de la exigibilidad de la vecindad civil cualificada a un extranjero.

⁵² CASTELLANOS RUIZ, E.: «Ámbito de aplicación de la lex successionis y su coordinación con la lex rei sitae-lex registrationis: a propósito de los legados vindicatorios». in *Cuadernos de Derecho transnacional*. 2018, nº 1, pág. 73.

Pues bien, la mencionada sentencia se opone «a la denegación del reconocimiento por una autoridad de un Estado miembro de los efectos reales del legado vindicatorio [reconocido por el Derecho aplicable a la sucesión de la causante en virtud de la *professio iuris*] cuando la denegación se basa en que ese legado se refiere al derecho de propiedad de un inmueble situado en dicho Estado miembro, cuya legislación no reconoce la institución del legado con efecto real directo en la fecha de apertura de la sucesión»⁵³. Es decir, que el TJUE hace una interpretación laxa de las prohibiciones y normas internas existentes en los EM, ya que la diversidad existente en las regulaciones civiles de los mismos conllevaría muchas veces un menoscabo de la libre circulación de personas. Dicho pronunciamiento es coincidente por lo establecido en el considerando séptimo del R (UE) 650/2012, que aboga por «facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que actualmente encuentran dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones *mortis causa* con repercusiones transfronterizas» y desea que en el espacio europeo de justicia «los ciudadanos puedan organizar su sucesión».

En una línea similar a la anteriormente mencionada, en la STJUE de 15 de julio de 2010, C-256/09, caso *Purrucker*, el Tribunal comunitario aduce que «corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, lo que puede llevarlos a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate»⁵⁴. Además, se manifiesta de

⁵³ STJUE de 12 de octubre de 2017, C-218/16, caso *Kubicka* (F.J. n° 66).

⁵⁴ STJUE de 15 de julio de 2010, C-256/09, caso *Purrucker* (F.J. n° 99).

acuerdo con ello la STJUE de 9 de marzo de 1978, C- 106/77, caso Simmental⁵⁵.

Por todo ello, se observa una tendencia en la jurisprudencia europea por salvar las dificultades que las diferentes normativas internas de los estados miembro puedan plantear en cada caso. Para con las cuestiones transfronterizas, en general, y en las sucesiones con dicho carácter, en particular.

Partiendo de esta base, y teniendo en cuenta todas las cuestiones que en este texto se han planteado con anterioridad, el siguiente comentario busca finalmente dar respuesta de forma razonada y razonable a la siguiente cuestión: ¿cuándo es la LDCV aplicable a un pacto transfronterizo? La reflexión que a continuación se lleva a cabo se reputa como la antesala conveniente de las conclusiones de este estudio.

C. Comentario

El primer y más importante punto a destacar de la interpretación que hace la DGJSFP de las normas de conflicto internacionales, es su preferencia por la remisión *estática* a la *dinámica*. Efectivamente, si bien el órgano el órgano directivo considera que la vecindad civil no se aplica respecto de las sucesiones transfronterizas en las que ningún interviniente es español, considera dicha conexión aplicable cuando al menos alguno de los causantes u otorgantes sí lo es.

Aunque bien es cierto que esta postura es perfectamente defendible en el sistema actual, no es menos cierto que genera problemas y desi-

⁵⁵ La STJUE de 9 de marzo de 1978, C-106, caso Simmental (EJ. n° 16), establece que el principio de efecto directo «también afecta a los Jueces, que, cuando conocen de un asunto en el marco de su competencia, tienen por misión, en su calidad de órganos de un Estado miembro, la protección de los derechos concedidos a los particulares, por el Derecho comunitario».

gualdades desde una óptica holística del sistema. A los efectos de este trabajo, ¿*quid* si, bajo los criterios estáticos de la DGSJFP, resulta aplicable la LDCV a un pacto sucesorio transfronterizo? Cabe referenciar un supuesto clave:

Caso 1. Otorgantes de nacionalidad extranjera, con residencia habitual en el País Vasco, que a falta de pacto *lege utenda* y en virtud del R (UE) 650/2012 estarán sujetos a la ley de su residencia habitual: la LDCV.

Sin embargo, ya se ha visto *supra* que este supuesto no siempre se resuelve de esta manera. Si bien la reciente STSJ 01/2021 (primera), de 20 de mayo de 2021, de las Islas Baleares y la RDGRN de 24 de julio de 2019 (así como las RDGRN de 15 de junio de 2016, FJ. n.º 4 y RDGRN de 10 de abril de 2017, FJ. n.º 2) han entendido que la vecindad civil no es aplicable y que, por ende, se ha de recurrir al artículo 36.2 del R (UE) 650/2012; la RDGRN de 24 de mayo de 2019 y la RDGSJFP de 10 de agosto de 2020 se alejan de esta interpretación. Estas últimas, entienden que la vecindad civil es una conexión a la que se puede recurrir incluso si los extranjeros, por definición, no la tienen.

Este fallo interpretativo no surgiría si la DGSJFP partiese de una concepción *dinámica*, pero como retiene la vecindad civil viva en su entendimiento estático del problema, confunde normas sustantivas y conflictuales. Por ejemplo, en los dos últimos casos mencionados en el párrafo anterior (de 24 de mayo de 2019 y 20 de agosto de 2020), primero descarta que la vecindad civil sea la aplicable a extranjeros; para a continuación, y en virtud de la conexión subsidiaria del art. 36.3 del Reglamento, subsumir los casos bajo la normativa balear. Llegados a este punto, analiza la ley balear y descubre que la misma exige un elemento formal cualificado: *la vecindad civil mallorquina*. Ante la imposibilidad de aplicar dicha vecindad a extranjeros, estima los pactos celebrados inválidos; ¿pero

no se venía de aplicar el artículo 36.3 del R (UE) 650/2012 precisamente porque a falta de vecindad civil, habría de aplicar subsidiariamente otro criterio? ¿no se venía de aplicar la normativa europea, que, en aras de mejorar la libre circulación de personas, hacía gala de una innegable tendencia *favor pactum*? ¿A qué se debe, en definitiva, descartar un criterio por inaplicable a extranjeros, para revivirlo más tarde, en virtud de una norma interna?

La respuesta a todas estas preguntas se encuentra en una concepción del problema que yerra 1) en su dimensión transfronteriza, 2) en la finalidad de la norma que aplica o en una interpretación teleológica de la misma y 3) en la perspectiva más abstracta, más general y completa del sistema de normas de DiPr español y europeo.

En primer lugar, se yerra en la concepción transfronteriza y en la finalidad de la norma, puesto que si se afirma que se está ante un pacto transfronterizo y que ambos otorgantes son extranjeros, se ha de entender que las normas y criterios internos no le son aplicables al caso. Este primer error trae como consecuencia el segundo: un fallo en la interpretación teleológica de la norma conflictual aplicada. En efecto, no se puede entender que una vez hecha la remisión por parte del R (UE) 650/2012 a una norma interna, pueda olvidarse su criterio favorable a los pactos en favor de los criterios que dicha norma interna tenga para solucionar el caso. En este sentido, es especialmente claro VAN BOXSTAEEL, que afirma: «Nous ne pouvons pas pourtant nous départir de l'idée qu'il n'est pas possible que l'ensemble du droit international privé du for, interrogé en premier, démissionne à la faveur du renvoi. Il conserve un titre à s'appliquer, puisqu'il est le premier questionné, et c'est à lui que revient la appréciation globale de la situation»⁵⁶.

⁵⁶VAN BOXSTAEEL, J. L.: «Succession internationale, doublé nationalité et renvoi». in *Journal des tribunaux*. 2021, n° 18, pág. 340.

En otras palabras, que incluso si la norma de conflicto internacional remite a una norma interna, ya sea la LDCV, la Compilación Balear o cualesquiera otra, dichas normas estarán llamadas no en calidad de norma sustantiva (o al menos no completamente) sino también en calidad de normas conflictivas. Es decir, que si el R (UE) 650/2020 llama subsidiariamente a la norma interna, no lo hace para que esta reclame sus características sustanciales internas, sino para que resuelva el conflicto como lo hubiera resuelto el propio Reglamento de haber tenido ocasión, en virtud de sus *principios y criterios*.

Efectivamente, si se reflexiona sobre los pronunciamientos del TJUE anteriormente mencionados, se concluirá correlativamente que es esta misma la finalidad de dicho Tribunal a la hora de aplicar el R (UE) 650/2012: interpretar las normas internas de los EM de forma y manera que se facilite la libre circulación de las personas y se asegure un *favor pactum* que garantice la validez de las sucesiones transfronterizas y el derecho de los europeos a organizar su sucesión en el espacio de justicia europeo (considerando nº 7 del Reglamento). De nuevo, la reciente STSJ 01/2021 (primera), de 20 de mayo de 2021, de las Islas Baleares resulta de ineludible mención. En efecto, ésta última entiende precisamente esto, v.gr., que al regular el sistema conflictual prevenido en su art. 36, el R (UE) 650/2012 «exhibe una indiscutible inclinación a agotar todas las posibilidades, y una vocación exhaustiva a fin de que la disparidad de elementos conectores se reconduzca hacia la aplicabilidad de aquel nexo común general constituido por la residencia habitual de la disponente»⁵⁷. Es decir, que el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares coincide con el Tribunal de Justicia Europeo al opinar que los obstáculos internos a la validez de los pactos sucesorios transfronterizos han de ser superados por medio de una interpretación teleológica del R (UE) 650/2012, el

⁵⁷ STSJ 01/2021 (primera), de 20 de mayo de 2021, de las Islas Baleares. (FJ. nº 7).

cual aboga indudablemente por superarlas. Es más, la STSJ 01/2021 (primera), de 20 de mayo de 2021, de las Islas Baleares, afirma que el engarce entre las normas internas y las comunitarias sería aplicada «en el mismo sentido por el Tribunal Justicia de la Unión Europea»⁵⁸.

Otra de las razones para pensar que los extranjeros residentes en el País Vasco pueden otorgar pactos sucesorios en virtud de la LDCV es que la única competente para regular los mismos es la UE (art. 81 TFUE). Por tanto, una vez ejercida dicha competencia legislativa, el efecto directo y principio de primacía del Derecho de la UE (art. 288 TFUE), hacen que las posibles exigencias como la vecindad civil vasca queden desplazadas en los casos transfronterizos, por inaplicables.

En otro orden de cosas, uno de los argumentos aducidos por varias de las Resoluciones jurisprudenciales anteriormente mencionadas y por cierto sector de la doctrina⁵⁹, en favor de una remisión *estática* a las normas de DiPr español es que, pudiendo haberlo hecho, el legislador nacional no ha modificado los artículos 9.8. y 16 del CC. Pues bien, si el legislador español no lo ha hecho ya, debería de considerar esto como una tarea (si bien no estrictamente necesaria) altamente recomendable. Para justificar esta postura piénsese en dos casos subsecuentes:

Caso 2. Un otorgante alemán que lleva viviendo en Bilbao 9 años y otorga pacto sucesorio conforme a la LDCV. Como en este caso estamos ante una sucesión transfronteriza a la que es aplicable el criterio de conexión residencia habitual del R (UE) 650/2012 vid. art. 36.2, dicho pacto será válido.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A.: *Las sucesiones mortis...*, *op. cit.*, pág. 756.

Caso 3. Un ciudadano español, originario madrileño con vecindad civil común, que lleva viviendo esos mismos 9 años en Bilbao y quiere otorgar el mismo tipo de pacto que el ciudadano alemán mencionado en el caso 2. Como para este ciudadano español siguen vigentes las normas del CC (9.8 y 16) no podrá otorgar pacto en virtud de la LDCV, por no tener vecindad civil vasca.

BONOMI y WAUTELET consideran esta diferencia de trato «difícilmente justificable»⁶⁰ y QUINZÁ REDONDO aboga por superarla por medio de una remisión *dinámica*⁶¹. De todos modos, si bien es cierto que el mantenimiento de ese *status quo* lo hace posible el propio Reglamento en su artículo 38 (inaplicación del Reglamento a los conflictos internos de leyes) no deja de ser menos cierto que la situación anteriormente mencionada chirría a los ojos, principalmente, de esa misma normativa europea. Asimismo, cabe decir que el conflicto que surte entre los casos 2 y 3 anteriormente mencionados resulta poco justificable desde la óptica del artículo 2 del TUE (que impone la igualdad entre todos los europeos) y del artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (no-discriminación por razón de nacionalidad).

Como último apunte, cabe decir además que los indicios a una eventual reforma del CC apuntan a la merma de la relevancia de la vecindad civil. Efectivamente, DELGADO ECHEVERRÍA, a la hora de comentar la Propuesta de Código civil aprobada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, recuerda que «se han introducido los pactos sucesorios y el testamento mancomunado (...) y de nuevo [es patente] la importancia menguante de la vecindad civil del causante»⁶².

⁶⁰ BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *El Derecho Europeo...*, *op. cit.*, pág. 480.

⁶¹ QUINZÁ REDONDO, P.: *Comentario al artículo 36 ... op. cit.*, pág. 297.

⁶² DELGADO ECHEVARRIA, J.: «Vecindad civil y Derecho interregional privado: una reforma necesaria». in *Boletín JADO*. Enero-diciembre 2017-2018, n° 28, págs. 90-91.

Además, valga aducir que, adoptada una remisión *dinámica*, todos los problemas aquí citados desaparecen (incluso los puramente internos), puesto que los artículos 9.8 y 16 (y su consecuente preterición por la vecindad civil) se descartan —tanto para la resolución de conflictos interregionales, como los internacionales— a favor del criterio de residencia habitual impulsado por el R. (UE) 650/2012.

V. CONCLUSIONES

Por todo ello, ha llegado el momento dilucidar con ojo crítico las ideas más relevantes de este trabajo, por medio de las cuales se ha justificado de manera razonada y razonable cuándo resulta la LDCV aplicable a un pacto sucesorio transfronterizo en virtud de los puntos de conexión del R. (UE) 650/2012. Se llega a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- A la hora de analizar las características técnico-jurídicas de la LDCV en comparación con las del R. (UE) 650/2012 en materia de pactos sucesorios; se han subrayado las ventajas del sistema *numerus apertus* que acoge la primera. En efecto, en un marco europeo en el cual la regulación de los pactos sucesorios es diversa y comprende un amplio abanico que se mueve entre el pleno rechazo y la admisibilidad total; la aplicabilidad de la LDCV no solo a pactos de otorgantes vascos, sino de extranjeros, juega una buena baza en favor de esta figura sucesoria.

SEGUNDA.- Por lo que respecta a las diferentes estrategias observadas en Derecho comparado para dirimir la ley aplicable a un pacto sucesorio, se ha remarcado que el R. (UE) 650/2012 selecciona la de la *ley sucesoria anticipada*. La elección de esta estrategia ha de ser vista con buenos ojos por los operadores jurídicos, pues anticipa convenientemente el conocimiento de la ley aplicable al momento del otorgamiento del pacto, garantizando así una mayor seguridad jurídica.

TERCERA.- En lo concerniente a los pactos sucesorios que afectan a la sucesión de varias personas, el R (UE) 650/2012 adopta además la estrategia cumulativa. Tampoco son desdeñables las ventajas que ofrece este criterio, pues ha quedado demostrado que ofrece más seguridad jurídica que la estrategia distributiva o la de la alternatividad. Sin embargo, el criterio cumulativo se encuentra moderado por la fórmula de los vínculos más estrechos, que no siempre será fácil de aplicar.

CUARTA.- Como elemento que coadyuva a superar la imprecisión de la fórmula de los vínculos más estrechos, el R (UE) 650/2012 introduce la posibilidad de la elección de la ley aplicable al pacto. Ello supone a la vez un acierto y un inconveniente. Por una parte, la *professio iuris* supone un acierto ya que es otro elemento más que contribuye a determinar *ab initio* desde el momento del otorgamiento del pacto, la ley aplicable al mismo. Por otra, supone un inconveniente pues el R (UE) 650/2012 permite solo ejercer dicha elección a favor de la nacionalidad y no de la residencia habitual, cuestión que no pocas veces sancionará el cambio de residencia de un estado a otro.

QUINTA.- En efecto, al consagrarse la ley de la residencia habitual en el momento del fallecimiento como punto de conexión para determinar la *lex successionis* o la ley aplicable a la totalidad de la sucesión por el R (UE) 650/2012, se puede dar el caso de que un pacto inicialmente válido devenga ineficaz al cambiar el instituyente de residencia habitual. Dicho resultado no parece aceptable y podría haber sido superado de incluir el R (UE) 650/2012 la posibilidad de elegir la ley de la residencia habitual, como de hecho se ha hecho en el caso de los R (UE) 2016/1103 y R (UE) 2016/1104.

SEXTA.- Otro de los problemas que dificulta concretar la aplicabilidad de la LDCV a pactos sucesorios transfronterizos es la plurilegislatividad de la *lex fori* española. En relación con esto, se ha de remarcar que la

entrada en vigor del R (UE) 650/2012 ha roto la coherencia existente en las normas internas de DiPr español. Así, se suscita el debate entre la remisión *estática*, que entiende que la vecindad civil está aún vigente para dirimir posibles conflictos de leyes; y la *dinámica*, que entiende que la vecindad civil ha sido *desplazada* por los criterios del R (UE) 650/2012.

SÉPTIMA.—Una de las defensoras de la remisión *estática* ha sido la propia DGSJFP, que por ende ha visto aplicable la vecindad mallorquina en más de una ocasión a pactos puramente transfronterizos. Desde este trabajo se ha explicado cómo ello incurre en una interpretación errónea del problema. Uno, porque deja los casos en los que ambos otorgantes son extranjeros sin solución alguna, pues estos no pueden ostentar vecindad civil por definición. Dos, porque ello va en detrimento de los propios españoles, que en algunos casos pueden ser incluso tratados de menos frente a los extranjeros. Tres, porque supone un error en la interpretación teleológica del R (UE) 650/2012, que es la norma a la que se recurre en primer lugar y conforme a la cual se han de dirimir estos supuestos. Es más, se ha visto finalmente que la doctrina mayoritaria camina también en dicha línea, dando cada vez menos importancia a la vecindad en pos de un criterio *unificador*.

OCTAVA.— En cualquier caso, no parece razonable que los órganos jurisdiccionales españoles, y sobre todo la DGSJFP, sigan defendiendo la aplicabilidad de la vecindad civil en los pactos transfronterizos. Uno, porque ya se ha demostrado que el TJUE se muestra desfavorable a aceptar pronunciamientos restrictivos a los pactos transfronterizos en virtud de normas internas. Dos, porque el Tribunal europeo exige que los operadores jurídicos apliquen la legislación nacional de forma y manera que se cumplan los derechos que se reconocen a los europeos en las normas comunitarias. Tres, porque así lo ha expresado también el TSJ de las Islas Baleares en su reciente STSJ 01/2021 (primera), de 20 de mayo de 2021,

sentando por primera vez Jurisprudencia en la materia y aceptando una interpretación laxa de las normas de conflicto internas, en aras de mejorar el tráfico jurídico de sucesiones en relación con la vecindad civil mallorquina en materia de pactos sucesorios.

NOVENA.—Por todo ello, es remarcable el esfuerzo que ha hecho la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, al recuperar la institución del pacto sucesorio de una manera abierta. Ello permitirá no solo facilitar el tráfico jurídico de todas aquellas personas, nacionales o extranjeras, que en algún momento y bajo los criterios de la normativa europea puedan otorgar pacto sucesorio conforme a la ley vasca; sino que podrá servir de precedente a futuras normas nacionales o locales, que busquen facilitar el ordenamiento de la sucesión y la coherencia del tráfico de personas en la UE.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Libros

BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) N° 650/2012, de 4 de julio de 2012*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2015. Págs. 343, 353, 477, 480, 784.

CALVO CARAVACA, A. F. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*. Granada: Editorial Comares, 2014. Págs. 14, 223, 231, 267.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: *Las sucesiones «mortis causa» en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N° 250/2012*. Pamplona: Editorial Aranzadi.

IGLESIAS BUIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G.: *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. Págs. 233, 341 y ss., 752, 756.

Capítulos de libros

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: «Comentario al artículo 25 del R (UE) 650/2012». En IGLESIAS BUIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G.: *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. Págs. 186, 189.

IRIARTE ÁNGEL, F. de B.: «Comentario al artículo 21 de la Ley de Derecho civil vasco». En URRUTIA BADIOLA, A.; LLEDÓ YAGÜE, F.; MONJE BALMASEDA, O. (Dirs.) y URRUTIA BADIOLA, A. (coord.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020. Págs. 243-256.

OÑATE CUADROS, F. J.: «Comentario al artículo 100 de la Ley de Derecho civil vasco». En URRUTIA BADIOLA, A.; LLEDÓ YAGÜE, F.; MONJE BALMASEDA, O. (Dirs.) y URRUTIA BADIOLA, A. (coord.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020. Págs. 783-784, 787, 795.

—: «Comentario al artículo 101 de la Ley de Derecho civil vasco». En URRUTIA BADIOLA, A.; LLEDÓ YAGÜE, F.; MONJE BALMASEDA, O. (Dirs.) y URRUTIA BADIOLA, A. (coord.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020. Pág. 805.

QUINZÁ REDONDO, P.: «Comentario al artículo 36 del R(UE) 650/2012». En IGLESIAS BUIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G.: *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. Págs. 295, 296, 297, 299.

TORRES LANA, J. A.: «Comentario al artículo 4 de la Ley de Derecho civil vasco». En URRUTIA BADIOLA, A.; LLEDÓ YAGÜE, F.; MONJE BALMASEDA, O. (Dirs.) y URRUTIA BADIOLA, A. (coord.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020. Pág. 94.

URRUTIA BADIOLA, A. M.: «Comentario al artículo 1 de la Ley de Derecho civil vasco». En URRUTIA BADIOLA, A.; LLEDÓ YAGÜE, F.; MONJE BALMASEDA, O. (Dirs.) y URRUTIA BADIOLA, A. (coord.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020. Pág. 63.

—: «La determinación del régimen económico-matrimonial y del patrimonial de las parejas de hecho en el Derecho civil vasco: nuevas perspectivas». En LLEDÓ YAGÜE, F.; FERRER VANRELL, M.P. (Dir.) y MONJE BALMASEDA, O. (coord.): *Los regímenes económico-matrimoniales en derechos civiles, forales o especiales*. En prensa: Dykinson.

Revistas jurídicas

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «El reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos». in *Revista de Derecho Civil*. 2015, n° 4. Págs. 8-9, 13.

—: «La determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios. ¿Hasta dónde el favor validitatis?». In *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. 2013, vol. 22. Pág. 60.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I.: «La ley aplicable a los pactos sucesores en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones». in *Diario La Ley*. 2011, n° 7726. Págs. 9-10.

Castellanos Ruiz, E.: «Ámbito de aplicación de la lex successionis y su coordinación con la lex rei sitae-lex registrationis: a propósito de los legados vindicatorios». in *Cuadernos de Derecho transnacional*. 2018, n° 1. Pág. 73.

DELGADO ECHEVARRIA, J.: «Vecindad civil y Derecho interregional privado: una reforma necesaria». in *Boletín JADO*. Enero-diciembre 2017-2018, n° 28. Págs. 90, 91.

ESPIÑEIRA SOTO, M. I.: «Regímenes económico-matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas con repercusiones transfronterizas». in *El Notario del Siglo XXI*. 2021, n° 83. Págs. 6,7.

IGLESIAS BUIGUES, J. L.: «La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico-matrimonial». in *Cuadernos de derecho transnacional*. 2018, n° 1. Pág. 239.

RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I.: «La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012». in *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. 2013, n° 2. Págs. 28, 29, 33.

—: «*Ley aplicable a los pactos sucesorios*». [Tesis de doctorado, Universidad de Santiago de Compostela]. Repositorio Institucional – Universidad de Santiago de Compostela: 2013. Págs. 53-54.

SÁNCHEZ ARISTI, R.: «El 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». in *Actualidad jurídica Uria Menéndez*. 2016, n° 42. Págs. 95-103.

VAN BOXSTAEL, J.L.: «Succession internationale, doublé nationalité et renvoi». in *Journal des tribunaux*. 2021, n° 18. Pág. 340.

ZABALO ESCUDERO, E.: «Conflictos interregionales en materia de derecho sucesorio aragonés». in *Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés*. <https://cutt.ly/wb-BRy5X> (Fecha de consulta 17-05-2021). Pág. 119.

Leyes

A. Normativa internacional

- Convenio de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en la Haya el 5 de octubre de 1961. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?-cid=40> (Fecha de consulta 17-05-2021).

B. Normativa comunitaria

- Tratado de la Unión Europea.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- Unión Europea. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la UE de 26 de octubre de 2012, 2012/C3267/02, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b70.html> (Fecha de consulta 17-05-2021).
- Unión Europea. Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la

competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. Diario Oficial de la Unión Europea L 183, 8 de julio de 2016, págs. 1-29.

- Unión Europea. Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Diario Oficial de la Unión Europea L 183, 8 de julio de 2016, págs. 30-56.
- Unión Europea. Reglamento (UE) 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. Diario Oficial de la Unión Europea L 201, 27 de julio de 2012, págs. 296-323.

C. Antecedentes legislativos de la normativa comunitaria

- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo «a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo». Bruselas, 14 de octubre de 2009. COM (2009) 154 final {SEC (2009) 410} {SEC (2009) 411}. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A52009PC0154> (Fecha de consulta 17-05-2021).

Normativa interna

- Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE, a 17 de enero de 1996.
- Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura básica de los departamentos ministeriales, BOE, a 29 de enero de 2020.

- Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, BOE, a 24 de julio de 2015.
- Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia en la CAPV, BOE, a 14 de noviembre de 2011.

A. Normativa extranjera

- Código civil francés, versión consolidada. En *Légifrance*: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>. (Fecha de consulta 17-05-2021).

Consejo de Estado

- Dictamen del Consejo de Estado nº 1537/1992, de 27 de mayo de 1993, de adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y Estatuto de Autonomía del País Vasco de la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho Civil Foral. http://www.forulege.com/dokumentuak/Dictamen_Consejo_Estado_Ley_3_1992_1_julio_Derecho_civil_foral.pdf (Fecha de consulta 17-05-2021).

Jurisprudencia

- STJUE de 12 de octubre de 2017, C-218/16, caso Kubicka.
- STJUE de 15 de julio de 2010, C-256/09, caso Purrucker.
- STJUE de 9 de marzo de 1978, C-106, caso Simmental.
- STC 226/1993, de 8 de julio de 1993, BOE. núm. 183, de 2 de agosto de 1993).
- STC 156/1993 de 6 de mayo de 1993, BOE. núm. 127, de 28 de mayo de 1993).
- STSJ 01/2021 (primera), de 20 de mayo de 2021, de las Islas Baleares.
- SAP 529/2020 (tercera), de 30 de diciembre, de Palma de Mallorca.
- RDGRN de 15 de junio de 2016 (BOE núm. 175, de 21 de julio de 2016).

- RDGRN de 10 de abril de 2017 (BOE núm. 99, de 26 de abril de 2017).
- RDGRN de 24 de mayo de 2019 (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2019).
- RDGRN de 24 de julio de 2019 (BOE núm. 231, de 25 de septiembre de 2019).
- RDGSJFP de 10 de agosto de 2020 (BOE núm. 257, de 28 de septiembre de 2020).

Korporazio-gobernu ona, kooperatiben esparruan*

EIDER VIVANCO SANTA CRUZ

Deustuko Unibertsitateko Zuzenbideko graduduna
Graduada en Derecho por la Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 17/11/2020

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 19/07/2022

Laburpena: XX. mendetik aurrera, inbertitzaileen konfiantza berriz ere errekupe-ratu nahian, eta gizartean sortu ziren lehentasunak eta printzipio etikoak kontutan izanik, enpresak egoerari aurre egiten hasi ziren “gobernu ona”ren doktrinaren bidez, eta bide horrek gaur eguneraino jarraitu du. Harrezkero, enpresek gardentasunez eta modu iraunkorrean jokatzeko konpromisoa hartu dute, aldi berean garapen ekonomiko jasangarrian lagunduz. Filosofia eta mugimendu hori guztia sozietate kapitalisten inguruan sortu bazen ere, kooperatibetan berez zaintzen dira gobernu onaren atalak, euren ADNan osatzen duten printzipio eta balio berezien bitartez.

Gako-hitzak: korporazio-gobernu ona; kooperatibak.

*“Legelari gazteentzako Adrián Celaya saria”ren V. Edizioan saritutako lana, Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiak 2020an emana.

El buen gobierno corporativo en el ámbito de las cooperativas

Resumen: A partir del siglo XX, con el ánimo de recuperar de nuevo la confianza de los inversores y tomando en consideración los principios éticos y las prioridades sociales, las empresas comenzaron a afrontar la situación mediante la doctrina del “buen gobierno”, periplo que ha continuado hasta nuestros días. Desde entonces, las empresas han asumido el compromiso de actuar de modo sostenible y transparente, colaborando al mismo tiempo con un desarrollo económico sostenible. Si bien este movimiento filosófico nació en torno a la empresa capitalista, las cooperativas respetan por su propia naturaleza los mandatos del buen gobierno, mediante sus propios principios y valores que conforman su ADN.

Palabras clave: buen gobierno corporativo; cooperativas.

Good Corporate Governance In The Field Of Cooperatives

Abstract: Starting in the 20th century, with the aim of regaining the trust of investors and taking into account ethical principles and social priorities, companies began to face the situation through the doctrine of “good governance”, a journey that has continued to this day. Since then, the companies have assumed the commitment to act in a sustainable and transparent way, collaborating at the same time with a sustainable economic development. Although this philosophical movement was born around the capitalist company, cooperatives by their very nature respect the mandates of good governance, through their own principles and values that make up their DNA.

Key words: good corporate governance; cooperatives.

AURKIBIDEA: I. SARRERA; II. KORPORAZIO-GOBERNU ONA. JATORRIA ETA BILAKAERA: 1. Olivencia Txostena (1998); 2. Aldama Txostena (2003); 3. Uztailaren 17ko 26/2003 Gardentasunari buruzkoa Legea; 4. Gobernu Onaren Kode Bateratua (2006); 5. Sozietate Kotizatueta Gobernu Onaren Kode Berria (2015); III. GOBERNU ONA KOOPERATIBETAN: 1. Kooperatiben izaera berezia; 2. Gobernu ona, jaurbide organikoari lotuta: a) Biltzar Orokorra; b) Kontseilu Artezkaria; c) Kontu-hartzaitza; IV. GOBERNU ONA EUSKADIKO KOOPERATIBEI BURUZKU LEGE BERRIAN: a) Biltzar Orokorra; b) Kontseilu Artezkaria; V. KOOPERATIBEN GOBERNU ONA PRAKTIKAN; VI. GOGOETA ETA ONDORIOAK; VII. BIBLIOGRAFIA ETA BESTE ITURRIAK.

I. SARRERA

Filosofiak eta politikak mendeetan zehar proposatu dituzten printzipio etikoak ez ziren seriotasunez planteatu XX. mendera arte. Mende hartako 60ko hamarkadatik aurrera hasi ziren printzipio hauek positibizatu eta sakonki ekonomia eta enpresa mailan aplikatzen. II Mundu Gerrak, Gerra Hotzak, Afrika eta Asiako deskolonizazio prozesuak eta abarrek gizartean atzera bueltatzeko beldurra sortu zuten. Hau gutxi baltitz, XXI. mendean zehar, bai mundu mailan eta baita Europa mailan egon ziren eskandalu-ekonomikoen ondorioz, sozietate eta merkatuegan mesfidantza sortu zen¹.

Inbertitzaileen konfidantza berriz ere errekueratu nahian, eta gizartean sortu ziren lehentasunak eta printzipio etikoak kontutan izanik, egoerari aurre egiten hasi ziren “gobernu ona”ren doktrinaren bidez, eta bide horrek gaur eguneraino jarraitu du.

Aipatutako gorabera historiko horietatik ondorioztatu zen garrantzitsua zela enpresek gardentasunez eta modu iraunkorrean jokatzeko konpromisoa hartzea, aldi berean garapen ekonomiko jasangarrian lagunduz. Ildo berari ekinez, apur bat beranduago, 2002. urtean, *World Business Council on Sustainable Development*² delakoak (WBSCD: Garapen Jasangarriko Munduko Enpresa Kontseilua) “Sozietate Erantzukizun Korporatiboa” (Responsabilidad social corporativa) adierazmoldea eratziki zuen.

Filosofia eta mugimendu hori guztia sozietate kapitalisten inguruan sortu zen, hasiera batean sozietate kotizatueta, gerogarrenean araurik esanguratsuenak ez kotizatuerei ere hedatzeko, baina zer gertatzen da koo-

¹ FERRUZ AGUDO, L.; MARCO SANJUAN, I. eta ACERO FRAILE, I. «Códigos de buen gobierno: un análisis comparativo. Especial incidencia en el caso español». *Aposta. Revista de ciencias sociales*. 2010an, 46.zk.

² 200 enpresa baino gehiagoz osatutako erakunde bat da, honek enpresen gapaen jasangarrian jarduten du. 1995ean sortu zen eta egoitza Genevan, Suitzan du.

peratiben esparruan? Gaur egun kooperatibek ekonomia-jarduera esan-guratsua burutzen dute merkatuan, Gizarte Ekonomiaren bizkarhezurra izanik, eta are gehiago euskal ekonomiaren kasuan, Arrasateko Korporazioaren kontuzko erreferentzia izanik. Baina nola islatu merkataritzako sozietateentzat sorturiko arau eta kodeak kooperatiben esparrura? Kooperatibetan, gainera, ez al dira berez zaintzen gobernu onaren atalak, euren ADNan osatzen duten printzipio eta balio berezien bitartez?

Gradu Amaierako Lan honetan gai hori aztertuko dugu, kooperatiba-sozietateek Korporazio-Gobernu onaren eremuan zeresan eta zeri-kusi handia dutela erakutsiz. Izan ere, kooperatibak gizarte, ekonomia eta kultura helburuetarako bazkidez osatzen diren borondatezko sozietateak dira, jabetza bazkideena izanik eta kudeaketa demokratikoarekin funtzionatuz, baina hala ere, badago zer hobetu, atal honetan, ikusiko dugunez, benetan gobernu ona erdietsi nahi bada. Arauketa orokorreaz aparte, Euskadiko Kooperatiben Lege berria ere jorratuko dugu, zenbait aldaketa eta berrikuntza ekarri dituelako gai honen inguruan.

Horrenbestez, hori gutzia azaltzeko, lana hiru atal nagusitan egituratu dut: hasteko, gobernu onari buruzko arauketa orokorraren jatorria eta bilakaerari buruzko azalpena; bigarrenik, gai hori kooperatiben esparrura islatuko dut, zer dagoen ondo eta zer hobetu daitekeen aztertuz; eta amaitzeko, gure hurbileko testuingurua jorratuko dut, Euskadiko Kooperatiben Lege berriak ekarritako berrikuntzak hizpidean jarrita.

Metodologiari dagokionez, lana burutu ahal izateko, batetik, lege-testuak aztertu ditut, zehatzago esanda, gobernu onaren inguruko arau eta kodeak, Espainiako legeria orokorraren panorama zein den antzemateko, baita kooperatiben inguruko lege-eraentza ere, lege orokorra eta Euskadiko lege berria hain zuzen. Horretaz aparte, hainbat eskuliburu, liburuen kapitulu eta artikuluko zientifiko jorratu ditut, zenbait kontzeptu eta ideia argitu ahal izateko.

II. KORPORAZIO-GOBERNU ONA. JATORRIA ETA BILAKAERA

Aurretik aipatu bezala, eta beste herri batzuetan gertatu zen moduan, Espainian ere finantza-eskandaluek eta enpresa enblematikoen porrotak agerian utzi zuten esparru horretan praktika edo egiteko modu onak ezarri behar zirela, jarduera ekonomikoari sinesgarritasuna emateko berriz.

Ibilbide horren bilakaera azalduko dugu jarraian:

1. Olivencia Txostena (1998)

Gobernu korporatibo onari buruzko lehen erregulazioa, politika esparruan, Felipe Gonzalezen gobernu sozialistarekin sortu zen, 80. hamarkadan. Maastricht-eko itunean ezartzen ziren irizpideekin bat egiteko eta Europan indartuta sartzeko, Espainiak defizit arazo bat zuen, defizit altuegia. Honi aurre egin ahal izateko gobernu sozialista honek hainbat pribatizazio jarri zituen martxan. Pribatizazio hauen bitartez enpresa saldu ordez, akzioak saldu ziren, era horretan enpresa publikoen kontrol estrategikoa Estatuaren esku gelditzen zen.

Bigarren pribatizazio oldea 1997-2004 urte bitartean gertatu zen, José Maria Aznar presidente zela. Pribatizazio horretaz baliatuz, gobernuaren esku zeuden sektore publikoak pribatizatu egin zituen, hauen buru bere konfiantzako jendea jarritz. Era honetan pribatizatuta zeuden enpresen agintea mantendu zuen.

Momentu honetan, Partidu Popularreko Jose Maria Aznar gobernuko presidente zela hasi ziren gobernu onari buruzko lehen erregulazioak. 1998an Sozietateen Administrazio Kontseiluen Kode Etikoa Aztertzeke sortu zen Batzorde Bereziak, txosten bat argitaratu zuen: Olivencia Kodea³. Txosten hau lehengoia izan zen eta gaur egungo Gobernu Onaren Kodeen aitzindaritzat hartzen da.

³ Batzorde horretako buru izan zen MANUEL OLIVENCIAREN omenez, Sevillako merkataritzako katedradun ospetsua.

Txostena 1998an argitaratu zen eta hazi esanguratsu horrek erdietsi zuen “*soft law*” praktiken bidez, korporazio-gobernua eguneko aztergaia izatea. “*Soft law*” honen praktikak txostena gomendio-bilduma bihurtzen du. Bilduma horretan jasotako 23 gomendioak ez ziren lotesleak, baina gero Gardentasunari buruzko Legeak (uztailaren 17ko 26/2003 Legeak) onetsiko zuen “*comply or explain*” erregelaren oinarriak ezarri zituen. Printzipio honek ezarri zuen sozietateek gomendioak bete behar zituztela, eta bete ezean, ez-betetze horren arrazoa azaltzeko zama zuten. Gobernu Ona zaintzeko betebeharrak hau Sozietate Kotizatuentzat erregulatzen hasi zen lehenengoz, eta apurka-apurka joan zen Sozietate Ez-kotizatueta hertzen.

Kode honen oinarri nagusia akziodunek sozietateengan konfiantza berreskuratu ahal izatea da, euren interesak hobeto babestuz. Horretarako, bai Administrazio Kontseiluak, baita Administrazio Exekutiboek ere akziodunen kontrola pasa beharko dute. Helburu horrekin zenbait gomendio ezartzen dira, hauexek izanik esanguratsuenak:

- Erabakiak hartzeko modua aldatzen da, kudeaketa eta jabetza bereiztuz. Bestela esanik, gomendatzen da akziodunekin zeri-kusirik ez duten kontseilariak sartzea administrazio-organoan, lanbide-esperientzia eta ospea izateagatik, hobeto gauzatu ahal izateko euren berrikuspen-eginkizunak.
- Kontseilarien zeregina denez sozietatearen interesak defendatzea, inbertitzaile txiki eta ertainen interesen defentsa sustatzeko mekanismoak ezarriko dituzte.
- Kontrol-batzorde eskuordeak agertzen dira lehen aldiz. Halakoek garrantzia berezia dute eta gaur egun arte iraun dute, administrazio-organoaren berrikuspen-eginkizuna gauzatzuz. Zehatzago esanda, halako hiru batzorde gomendatzen dira: Auditoretza Batzordea, sozietatearen kontabilitatea egiaztatzeko;

Izendapenen Batzordea, kontseilariak hautatzeko; eta Ordainsarien Batzordea, administratzaileentzako ordainsari-politika ikuskatzeko.

- Karguaren iraupena mugatzea ere gomendatzen da, hain zuzen ere, kontseilariak hiru administrazio-kontseilu baino gehiagotan ez egotea, agintealdi horiek 4-5 urtetik beherakoak izatea eta kontseilariak 70 urterekin erretiratzea, blindaje-klausulak ezabatuz.
- Sozietateak izan ditzakeen arrisku nagusiak identifikatzea gomendatzen da, informazio-sistemak eta barne-kontrola egoera horretara egokituz.
- Azkenik, bai akziodunak, bai merkatua orokorrean eta baita iritzi publikoa ere kontuan hartuta, informazio-politika berriak zehaztuko dituzte, eurei moldatuak.

Laburbilduz, 20 urte baino gehiago igaro dira Olivencia Txostena sortu zenetik eta esan dezakegu gaur egun ez direla bete 1998ko aurreikuspenak, atalik garrantzitsuenetan behintzat. Gobernu korporatiboari buruzko azken txostenek⁴ diote kontseilari independenteen kopurua handitu egin dela, bai, baina gomendatzen zen “gehiengo zabaletik” urrun dago zenbaki hau. Zernahi gisaz, hastapen ezin hobea izan zen, bertan jaso ziren gomendioek bidea zabaldu baitzuten, gaur egun dugun egoeraraino heltzeko.

⁴ Argitaratutako azken txostenak dioenez (2018), «el porcentaje de compañías en las que los consejeros independientes representan a la mayoría del consejo ascendió al 28,6 % en 2018 (28,1 % en 2017). En el caso de las sociedades del Ibex 35, esta cifra sube al 54,6 % (60 % en 2017). De las sociedades que no forman parte del índice, el 70 % tenía al menos un tercio de *consejeros independientes*», baina oraindik ez da guztiz ezarri gehiengo zabalaren kultura. CNMVren Informe de Gobierno Corporativo de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados regulados, 2018.

(https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/IAGC_2018.pdf) 19.or. azken kontsulta: 2020-05-11.

2. Aldama Txostena (2003)

2002. urtean Espainiako Gobernuak Gardentasuna eta Merkatuen Segurtasuna Sustatzeko Batzorde Berezia sortu zuen. Honek Enrique Aldama enpresarioa zuen buru, eta 2003an aurkeztu zuen Gobernu Korporatiboari buruzko hobekuntza eta gomendio gehiago jasotzeko txostena. Txosten honek “marko etiko” berri bat ezarri zuen, Nazio Batuen Erakundeak eta Europar Batasunak ezartzen zituen ikuspegi berrietan oinarrituz. Olivencia txostenetik haratago joan nahi izan zen, sozietate kotizatuen gardentasuna hobetzeko legerian aldaketa batzuk proposatuz. Aldama txostenaren atal aipagarrienetako bat da sozietate kotizatuek korporazio-gobernuaren inguruko txostena urtero egiteko betebeharra ezartzea.

Gobernu Korporatiboaren Urteko Txosten honetan, sozietateek Kode berria nola eta noraino betetzen zuten azaldu behar zuten, horretarako hainbat puntu jorratuz, horien artean:

- Sozietateak jabetzan duen kapitalari buruzko informazioa eman behar zuen.
- Leialtasun printzipioa dela-eta, administratzaileek ezin zuten kargurik onartu lehiakide ziren enpresetan, interes-gatazkak saihestu behar zituzten, administratzaileei buruzko erabakietan abstenitu behar ziren eta enpresa-sekretuak gorde behar zituzten kargua utzi ondoren ere.
- Administrazio Kontseiluaren eta akziodunen batza nagusiaren funtzionamendurako berariazko erregelak ezarri behar ziren.
- Akziodunen arteko itunak sozietateen web orrialdeetan argitaratu behar ziren.
- Web-orrialdeen bitartez, halaber, akziodunek sozietatearekin zerikusia zuen informazioa eskura izango zuten.

- Batzarraren funtzionamendua arintzeko mekanismoak ezarri behar ziren, baita botoa modu telematikoan edo postaz emateko sistemak ere.
- Auditoreen, analisten eta kalifikazio-agentzien independentzia bermatzeko neurriak ezarri behar ziren.
- Administrazio Kontseiluan batzordeak eratzea proposatzen zen (Batzorde Betearazleak, Auditoretza Batzordeak, Izendapenen eta Ordainsarien Batzordeak, Estrategia eta Inbertsioen Batzordeak...)
- Administrazio Kontseiluko eta goi-zuzendaritzako kideen ordainsariei buruzko informazioa argiro azaldu behar zen.

Guztiarekin, Aldama Txosten berri honek gomendio horiek egin arren, Batzordeak enpresen autorregulazioa bultzatzen du: adibidez, ez zaio mugarik jartzen kontseilarien erretiratze-adinari; ez dute beharrezko ikusten Presidente eta kontseilari eskuorde karguen arteko bereizketa; eta, azkenik, ez da zehazten kontseilari independenteen kopurua.

Ikus daitekeenez, Batzordean enpresen autorregulazioaren aldeko ikuspegia gailendu zen, lege-arauketa zabalagoa defendatzen zuten kideen gaintik, nahiz eta garai hartako Gobernuko presidenteorde Rodrigo Ratok txosten honen aurkezpenean iragarri gomendio batzuek lege-maila lortu ahal izango zutela, beranduago Gardentasunaren Legea aldarrikatzean egiaztatu zen bezala.

3. Uztailaren 17ko 26/2003 Gardentasunari buruzkoa Legea

Lege honek Aldama Txostenean jasotako zenbait proposamen bildu zituen, hauei lege maila emanez.

Hasteko, sozietate kotizatuak behartzen ditu Batzar Orokorraren eta Administrazio Kontseiluaren antolamendu eta funtzionamendu-errega-

lamendu bana onartzera, horrela gardentasunari buruzko aurreikuspenak lege eta estatutuetan garatzeko.

Horrez gain, sozietate kotizatu orok gobernu korporatiboaren urteko txostena argitaratzeko betebeharra ezarri zuen, besteak beste, atal hauek zehatzuz: sozietatearen jabetza, administrazio-egitura eta gobernu korporatiboaren gomendioen jarraipen-maila. Halaber, informazio hori akzio-dunen artean zabaltzeko web-orrialdea sortzeko betebeharra ezartzen da.

Hirugarrenez, lege honek sozietate guztietako (ez bakarrik kotizatuetak) administratzaileen erantzukizunak zabaltzen ditu, arreta eta sekretu-eginbeharrez gain fideltasun eta leialtasun eginbeharrak gehituz. Administratzaileekin jarraituz, hauek debekatuta dute ordezkaritza-eskaera publikoaren bidez eskuordetu zaizkien boto-eskubideak egikaritzea interes-gatazka dakarten egoeretan.

Akziodunei dagokienez, eta hauen parte-hartzea sustatzeko, absentsentzia murriztuz, boto telematikoa ahalbidetzen da. Akziodun hauen informazio-eskubidea ere berritzen da, bazkideek eguneko aztergaien zerrendan jasotako gaiez gain, Balore Merkatuko Nazio Batzordearen azken batzar orokorretik lortutako edozein informazio ere jasoko dute hemendik aurrera.

4. Gobernu Onaren Kode Bateratua (2006)

2005eko uztailan, José Luis Rodríguez Zapatero (PSOE) buru duen gobernuak lantalde berezi bat sortzea erabaki zuen, Balore Merkatuko Nazio Batzordean presidentea zen Manuel Conthe Jaunaren gidaritzapean. Talde honen eginkizuna zen Olivencia eta Aldama txostenak bate-ratu eta eguneratzea.

Egindako lan, kontsulta, eztabaida eta dokumentuak berregitearen emaitza izan zen 2006ko maiatzaren 19an onetsi zen Gobernu Onaren Kode Bateratua. Aurreko txostenez aparte, Kode honek Gobernuaren,

Balore Merkatuko Nazio Batzordearen eta Espainiako zeinbait finantza-erakunderen proposamenak ere jaso zituen, osagarri gisa.

Balore Merkatuari buruzko Legearen 116. artikuluan jasotakoaren ildotik, Kode Bateratuaren testua eta ikuspegia ulertzeko oinarritzko printzipioa borondatezkoa den arren, “*Comply or explain*” printzipioa mantenduko da.

Conthe Kodearen ezaugarri nagusia akziodun minoritarioek jasoko duten babesean dago. Babes hau hiru esparrutan emango da batez ere: finantza-informazioaren kalitatea eta egiazkotasuna, Kontseiluaren egitura eta, azkenik, kontseilari zein exekutiboek jasotako ordainsarien gardentasuna.

Hasteko, finantza-informazioaren kalitatea eta egiazkotasuna bermatu nahi izan ziren, urteetako finantza-eskandaluak eta administratzailek eginitako kontu-faltsutzeak ez errepikatzeko. Honen arira, zenbait arau berezi ezarri ziren, besteak beste:

- Auditoretza Batzordearen zeregina eta erantzukizuna indartzeko neurri berriak sartu ziren, eginkizun bikoitzarekin: sozietateak aurre egin behar dien arriskuak kudeatzeko politika bat onartzea, eta langileek edozein irregulartasun modu anonimoan ohartarazteko sistema bat ezartzea⁵.
- Auditore aldaketetan gardentasuna indartzen da. Auditorea ordeztu behar denetan, sozietateak eta auditoreak berak publikoki azaldu behar dituzte egondako desadostasunak, eta auditore berriak ezin izan ditu sozietatearekin adostu aplikatu beharreko kontabilitate-irizpideak.

⁵ Estatu Batuetan 2001. urtean gertatu zen “Enron” eskandalu famatua, horrexegatik gertatu zen, auditoretzan izandako akatsen ondoriozko porrota jasan behar zuen enpresa ospetsu horrek. Han, ordea, “hard law” aukeratu zen konponbide bezala, *Sarbanes Oxley-Act* (SOX) izeneko Legea onetsiz, kontrol eta zigorrak ezartzeko.

- Basileako Komitearen⁶ proposamen bat jasotzen du, eskandalu askok emandako esperientzian oinarritua: finantza-irregulartasunak aurkitzen direnean, paradisu fiskaletan dauden sozietate katea agertzen da. Horregatik gomendatzen da Kontseiluaren osoko bilkurak onestea diru-kopuru handi hauen mugimendu-erabakiak.

Bigarrenez, Kontseiluaren egiturari dagokionez, Kodeak mantentzen du Olivencia Txostenak egindako kontseilarien sailkapena, baina orain kontseilari independenteak izendatzeko baldintzak zehazten dira, eta alde zuzenetik finkatutako prozedura zorrotzaren arabera hautatuko dira, eta ez modu arbitrarioan. Horrez gain, zenbait erregela zehaztu ziren:

- Akziodun batek ezin du Kontseiluaren gehiengoak izendatu, salbu eta kapitalaren %50 baino gehiago duenean.
- Kontseilari independenteen kopurua ezingo da izan Kontseiluaren herena baino txikiagoa.
- Kontseilari batek zein baldintza bete behar dituen argituko da. Kontseilari independente hauek prozesu zuzen eta zehatz bat jarraituta aukeratuko dira, beraz, lehen presidentek zuten boterea orain izendapenak egiten dituen biltzarrak izango du. Aukeraketa honetan kontuan izango da Kontseilari honek aurretik beste sozietate batekin harremanik ez izana. Bestalde, karguaren iraupena 12 urtekoa izango da gehienez jota.
- Azkenik, Kodeak proposatu zuten Administrazio Kontseiluetan emakumezkoak ere sartzea. Genero-aniztasunaren inguruko aipamen hau guztiz berria zen Espainiako Gobernu Onaren

⁶ *Comité de Supervisión Bancaria de Basilea* edo *Basel Committee on Banking* bezala ere ezaguna, 1975ean Suizan sortu zen eta G-10 osatzen zuten estatuetakoko banku zentralen zuzendariez osatutako batzordea izan zen.

Kodeei zegokienez⁷, eta beranduago, Emakumezko eta Gizonezkoen arteko Benetako berdintasuna lortzeko 3/2007 Legeak, martxoaren 22koak, gomendio horri ekin zion.

Hirugarrenik, exekutiboek jaso beharreko ordainsariaren gardentasunari dagokionez, egoera edo “panorama” juridikoa ez da oso argia, Olivia zein Aldama Txostenek honi buruz egindako gomendioak oso azalekoak baitziren. Conthe Kodeak, ordea, zer esan handia du kontseilari eta exekutiboen ordainsariei dagokien erregulazioan. Horretarako, *Higgs Report*⁸ britainiarrak egiten duen bereizketan oinarritzen da, ordainsari-politika eta ordainsari-kopuruak aipatuz.

- Ordainsari-politika Kontseiluak onartu beharreko agiri batean agertuko da. Agiri horretan kontseilari guztien ordainsariari aplikatu beharreko printzipio orokorrak finkatuko dira. Agiri hori akziodunei luzatuko zaie urtero, eta ondoren, politika hauek Biltzar Orokorrean bozkatuko dira.
- Ordainsari-kopuruaren inguruan Conthe Kodeak bi jarraibide ematen ditu: hasteko, kopuruok zehazteko ahalmena Kontseiluari dagokio; horrez gain, Kontseiluaren erabakia Ordainsari Batzordean bozkatu ostean, Biltzar Orokorrean ere bozkatuko da.

Guztiarekin, Gobernu Onaren inguruko Txosten eta Kode horiekin guztiekin batera, legegilea ere antolamendu juridikoa osatzen joan da, sozietate-arauketan aginduzko xedapenak (eta ez bakarrik gomendioak)

⁷ Kodearen arabera, Administrazio Kontseiluetan genero-aniztasuna lortzea da sozietate kotizatuek epe ertainera erdietsi beharreko eragingarritasun-helburua, ikuspegi ekonomikotik ere ez delako zentzuzkoa enpresa handietan talentuaren %50 desaprobetzatzea. Ildo horretatik, Kodeak gomendatzen du ahalegin gehigarria egitea, emakumezkoen presentzia zuzendaritzara ere heltzeko. *CNMV. Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas 2006*, 15. Gomendioa, 25. or.

⁸ *Review of the role and effectiveness of non-executive directors* bezala ere ezagutzen den txostena.

behar zirela uste izan duenean. Positibazio horri esker, korporazio gobernu onaren printzipioak bultzatu eta eguneratu dira.

Helburu horrekin zenbait Lege esanguratsu eman dira, Espainiako enpresen gobernu ona bermatzeko, baina esanguratsuen, beharbada, 31/2014 Legea da, Kapital Sozietateen Legea aldatzen duena, korporazio-gobernua hobetzeko. Lege horren ondoriozko berrikuntzek berehalako eragin praktikoa ekarri zuten kapital sozietate guztietan, kotizatuak izan zein ez. Berrikuntzarik esanguratsuenak gobernu-organoari buruzkoak ziren: administratzaileen independentzia eta profesionaltasuna azpimarratzen da; arreta eta leialtasun eginbeharrak mantentzen dira (arreta biguntzen den arren leialtasuna gogortzen da); zuzendarien ordainsariak aipatzen dira eta zereginak gehiago kontrolatzen dira.

Ikus daitekeenez, Gobernu Onaren 2006ko Kode Bateratua onetsi zenetik, zenbait lege-ekimen garatu dira, gomendio batzuk jorratuz. Horregatik, Ministroen Kontseiluaren 2013ko Akordioaren bidez, adituen batzorde bat osatu zen, batetik, enpresen gobernu-ona bermatzeko hartu behar ziren neurriak proposatzeko, eta bestetik, Batzorde Merkatuko Nazio Batzordeari aholkularitza eskaintzeko, 2006ko Kodea aldatzerakoan.

Horren guztiaren ondorioz, sozietate kotizatuen Gobernu Onaren Kode Berria onetsi zen, Balore Merkatuko Nazio Batzordeak 2015ean hartutako Erabakiaren ondorioz.

5. Sozietate Kotizatuetao Gobernu Onaren Kode berria (2015)

Kode hau prestatzean, Adituen Batzordeak kontuan hartu zituen zenbait atal: 2006ko Kode Bateratuaren betetze-maila eta garrantzia; gobernu onaren nazioarteko estandarrak, eta bereziki Europako Batzordeak emandako gomendioak; nazioarteko erakundeen zenbait proposamen, doktrinaren ekarpenak edota beste herri batzuetako legeriak.

Guztiarekin, Kode berri honek “borondatezko izaera” mantentzen du, “*cumplir o explicar*” printzipioa aplikatuz. Hala ere Kapital Sozietateei buruzko lege berriak kode honekin batera datozen zenbait derrigorrezko minimo batzuk ezarri ditu. Beraz esan daiteke Kode hau borondatezkoa den arren oinarritzko minimo batzuk Kapital Sozietateei buruzko legeak ere jasotzen dituela, eta beraz hauei lege lerruna emango zaie, hala derri-gorrezkoak bihurtuz.

Edozein kasutan ere, Kodeak azpimarratzeko moduko hainbat berrikuntza ekarri zituen, besteak beste:

- **Formatoa:** Kodeak lehenengoz bereiztu zituen printzipioak eta gomendio zehatzak. Hain zuzen ere, 25 printzipiotan oinarritutako 64 gomendio zerrendatzen dira, hiru ataletan sailkatuta: atal orokorrak, akziodunen Biltzar Orokorra eta Administrazio-Kontseilua. 64 gomendio horien artean, batzuk Conthe Kodetik ekarritakoak dira, baina horrez gain beste 23 gomendio sartu dira, eta lege testuetan jasotakoak kendu egin dira (berbarako, kontseilari-kategoria desberdinen definizioak, Kapital Sozietateen Legearen 529 duodecies artikulura bildu baitira).
- **Genero-ikuspegia** aipatzen da. Gai hori ez da berria, Conthe Kodeak ere aipatzen zuelako zerbait horren inguruan, baina testu hau zehatzago da, 14. Gomendioan hauxe ezartzen baitu: «(...) *Y que la política de selección de consejeros promueva el objetivo de que en el año 2020 el número de consejeras presente, al menos, el 30% del total de miembros del consejo de administración*». Gomendio honen betetze-maila urte honetako txostenetan aztertu beharko da.
- “Sozietate Erantzukizun Korporatiboa” ekarri da hizpidera. Aipamen hori Administrazio Kontseiluaren atalean jaso da, berrikuntza esanguratsuenetarikoa bihurtuz. Bi gomendio (54 eta 55) dakartzan printzipio bakarra izan arren, gai honek ga-

rrantzia berezia dauka, Gobernu Onaren Kodeei dagokienean lehen aldia delako horri buruzko gomendio bat jasotzen dela. Aurretik aipatu kodeetan nabari da arlo honen inguruan dagoen hutsunea: Aldama txostenak Gizarte Erantzukizunean zuzenean jarduten ez zuen arren, behintzat gobernu korporatiboan marko etiko baten garrantzia aipatu zuen; Conthe Kodeak, ostera, ez zion inolako erreferentziarik egin.

Kode berri honekin tendentzia hori aldatzen da, 54⁹ eta 55¹⁰ gomendioei esker. Hauetan esaten da Sozieteei Gizarte Erantzukizunean esku hartu behar dutela estrategia korporatiboan bitartez, bai ingurumenaren iraunkortasunean eta baita gai sozialetan, beti interes talde ezberdinak kontuan hartuz. Horrez gain kudeaketa-txosten berezi bat sortzeko betebeharra ere aipatzen da, gai honen inguruan egiten ari den kudeaketa jasotzeko.

- Kontseilarien ordainsariak sakonago aztertzen dira. Aurreko kodeetan ere zerbait jasotzen zen honen inguruan, baina kode berriak 9 gomendio zerrendatzen ditu, eta euren artean hauexek azpimarratuko ditugu:

56. Gomendia: *«la remuneración de los consejeros sea la necesaria para atraer y retener a los consejeros» (...)* *«no tan elevada como*

⁹ 54. Gomendia *«Que exista una política de Responsabilidad Social Corporativa que incluya los principios o compromisos que la empresa asuma voluntariamente con los distintos grupos de interés, y que en ella se identifiquen, al menos, los objetivos de dicha política, la estrategia corporativa en materia de sostenibilidad, medio ambiente y cuestiones sociales y los mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, la ética y la conducta empresarial, entre otros.»*

¹⁰ 55. Gomendia *«Que la sociedad informe, en un documento separado o en el informe de gestión, sobre los asuntos relacionados con la responsabilidad social corporativa, utilizando para ello alguna de las metodologías aceptadas internacionalmente.»*

para comprometer la independencia del criterio de los consejeros no ejecutivos»¹¹

59. Gomendioa: ordainsari aldakorrari dagokionez, benetan lan egiteagatik jasotzen dela ziurtatzeko, gomendatzen da ordainketa atzeratzea *«hasta comprobar que se han cumplido las condiciones de rendimiento previamente establecidas»*.

63. Gomendioa: Kontseilariekin sinatutako kontratuetan itzulketa klausula edo *«cláusula de reembolso»* sartzea gomendatzen da, sozietateak erreklamatu ahal diezazkion lana bete barik jaso dituen ordainketak, zehatzago esanda, erreklamatu ahal dezan *«el reembolso de los componentes variables de la remuneración cuando el pago no haya estado ajustado a las condiciones de rendimiento o cuando se hayan abonado atendiendo a datos cuya inexactitud quede acreditada con posterioridad»*.

64. Gomendioa, berrienetarikoa eta, agian, eztabaidatuen. Kontratuak suntsiaraztearen ondoriozko kalteordainak kontrolatzen dira, hauxe xedatuz: *«que no excedan de la retribución total anual equivalente a dos años de trabajo y que no se abonen hasta que no se haya comprobado el cumplimiento de los criterios de rendimiento previamente establecidos»*. Azken gomendio honen bidez aurre egin nahi zaio gai oso eztabaidatu bati, alegia, sozietate kotizatuetako kontseilarien blindatzeei.

Beti ere, gomendio horien guztien betetze-maila Korporazio Gobernuari buruzko Urteko Txostenetan adierazi behar da, 2015eko ekitalditik.

¹¹ Balore Merkatuaren Batzorde Nazionalak, gomendio horrekin, aditu askoren ildoari jarraitzen dio, izan ere, kontseilari independente kontsideratzeko ezarritako 12 urteko gehieneko epea dela eta, aditu horiek uste zuten independentzia “gal” zezaketela ordainsari aultuegiak izateagatik.

2015eko Sozietate Kotizatuaren Gobernu Onari buruzko Kode hau onartu eta gero, zenbait lege onetsi dira, gobernu onaren alorrean kontuan hartu beharrekoak. Halakoak dira, berbarako, Kontuen Auditoretzari buruzko 22/2015 Legea¹². Lege honek aldaketa handiak ekarri zituen enpresen antolakuntzan, hala nola: kanpoko auditoretza-enpresak 10 urterotero aldatzea, edota Ikuskatzaileen kidegoa sortzea, auditoreen zereginak berrikusteko. Helburua da auditoretzen merkatua antolatu eta indartzea. 11/2018 Legeak, bestalde, finantzakoa ez den informazioari eta aniztasunari buruzkoak, Korporazio Gobernuaren Urteko Txostenean eman beharreko informazioa zabaltzen du, aniztasun-politikak ere sartuta, besteak beste, genero-aniztasuna.

III. GOBERNU ONA KOOPERATIBETAN

Ikusi den bezala, azken urteotan korporazio-gobernua edo gobernu onaren gaia enpresa-kudeaketa onaren adierazgarri bihurtu da, baita akziodunei konfiantza transmititzeko tresna esanguratsua ere, eta hainbat eta hainbat kode zein arau argitaratu dira esparru horretan, hasieran sozietate kotizatuentzat bakarrik, baina emeki-emeki esparrua zabaltzen joan da. Egin-eginean ere, 2008. urteko krisiak eta “kapitalismo basatiak” hausnarketa sakona ekarri zuten gizartean: sozietateen kudeaketa hobetu eta, batik bat, gardentasuna bultzatzeko beharrezana ikusi zen. Beraz, hurrengo kode guztiek horrexetan jartzen dute azpimarra. Erregulazio hauek garrantzia ematen die “ekonomia soziala” lantzeari, eta hau lantzen ez duten sozietateen barne sistemak aldatzen saiatzen dira.

Testuinguru horretan sortzen den zalantza da, eta kooperatiben kasuan zer? Ulertu behar da gobernu onaren printzipioak orokorrean aplikatu dai-

¹² Kontuen Auditoretzari buruzko 22/2015 Legea, EAO 173 zk, uztailearen 21ekoa.

tezkeela, enpresaren tamaina, kudeaketa-mota edota itxura juridikoa kontuan hartu gabe? Edota, haatik, kooperatiben izaera berezia aintzat hartuta, bestelako kodeak eratu beharko dira eurentzat? Pentsa daiteke, bestalde, kooperatibetan ez direla beharrezkoak gobernu onaren gomendio edo arauak, erakunde hauek euren ADN-an daramatzatelako erantzukizunaren zein kudeaketa demokratikoaren printzipioak, edota zintzotasuna, elkartasuna zein berdintasuna bezalako balioak. Beste batzuen iritzirako, egungo merkatuan kapital-sozietateekin berdintasun-mailan jardun ahal izateko, eta erakunde lehiakorrek izateko, kooperatibek aurrerapausoak eman behar dituzte, sozietate horietara hurbilduz, euren esentzia galdu gabe, noski, eta hurbiltasun horrek ekarriko du gobernu onaren printzipioak ere goitik behera aplikatu behar izatea kooperatibetan.

Testuingurua hori izanda, jarraian kooperatiba-erakundeen berezitasunak aztertuko ditugu sakonago, eta berezitasun horiek direla bide, gobernu-onaren zein printzipio aplika dakiekeen eta zeintzuk ez.

1. Kooperatiben izaera berezia

Kooperatibak dira beharrian eta interes berdintsuak dituzten pertsonak sortzen duten erakundea, elkarlanean arituz beharrian horiek asetzeko, betiere, kudeaketa demokratiko baten barruan eta Nazioarteko Aliantza Kooperatiboak¹³ zehaztutako balore eta printzipioak errespetatuz. Printzipioak hauek ez dira euren artean independenteak; aitzitik, batuta daude, eta, beraz, printzipio horietako bat urratzen bada, gainon-

¹³ Nazioarteko Aliantza Kooperatiboa (gaztelaniazko Alianza Cooperativa Internacional edo ACI) gobernu kanpoko erakundea da, 1895. urtean sortutakoa. Bere helburua da mundu osoko kooperatibak bildu, ordezkatu eta zerbitzatzea. Honen eragin praktikoa esanguratsua da adierazpen batzuk egiten dituela aplikatu beharreko printzipioak finkatu eta eguneratuz. Gaur eguneko balore eta printzipioak 1995ean Manchesterren egindako adierazpenetik eratorritzen dira. Adierazpen horretan, lehenengoz bereizi ziren kooperatibaren baloreak eta printzipioak.

tzeakoak ere kaltea jasango dute¹⁴. Printzipio horiek beren beregi aipatu-ko ditugu labor-zurrean, kooperatiben esentzia hobeto ulertzeko:

- *Ateak irekita* edo *borondatezko atxikimendua*. Edonor sar daiteke kooperatiban, bazkide izateko baldintzak eta erantzukizunak onartzen baditu, eta edonoiz irten daiteke kooperatibatik ere. Hau oinarri izanda zaila litzateke inolako bereizkeriarik egitea gizarte mailagatik, politikagatik, arrazagatik...
- *Kudeaketa demokratikoa*: Kooperatiban bazkideek hartuko dituzte erabakiak era demokratiko batean, erregela nagusia bazkide bat/boto bat izanik.
- *Bazkideen parte hartze ekonomikoa*: Kooperatibak erakunde kapitalistak ez diren heinean, kapitala ez da oinarrizkoa osagaia, baina bai beharrezkoa. Kapital hori osatzen da bazkideek ekitatez egindako ekarpenekin, diruzkoak edo diruzkoak ez direnak.
- *Autonomia eta independentzia*. Kooperatibak erakunde autonomoak izan behar dira, eta beste erakunde edo gobernuekin akordioak egin arren, ezin da menpekotasunik sortu erakunde horiei begira, ondorioz erabakitze ahalmena beti egongo da kooperatibaren eskuetan.
- *Heziketa, formazioa eta informazioa*. Heziketa eta formazioa beti izan dira oinarrizko zutabeak kooperatibetan, ezinbestekoak baitira, batetik, kooperatibaren funtzionamendu ona bermatzeko, eta bestetik, “espíritu kooperatiboa” zabaltzeko. Horretarako, derri gorreko fondo berezia dago kooperatibetan, ezagutzak irakasteaz gain, gaitasunak edo trebetasunak ere lantzeko.

¹⁴ MARTÍNEZ CHARTERINA, A. «Los Valores y los principios cooperativos». *REVESCO. Revista de estudios Cooperativos*, 1995, 61. zb.

- *Kooperatiben arteko kooperazioa.* Kooperatibek hobeto gauzatzzen dituzte euren jarduerak eta zerbitzatuko dituzte bazkideak elkarrekin jardunez gero, egitura lokal, nazional eta nazioarteko bidez. Horretarako, proposatzen da, batetik, bigarren mailako kooperatiba gehiago osatzea, eta bestetik, kooperatiben arteko hartu-eman indartzea, beste kooperatiba batzuekin akordioak sinatuz, bakoitzaren xedea hobeto garatzeko.
- *Gizartearen aldeko interesa.* Kooperatiba bakoitzak bazkideen interesak asetzeaz gain, kokatuta dagoen komunitatearen alde egingo du lan.

Printzipioez landara, Nazioarteko Aliantza kooperatiboak balore batzuk ere zehaztu zituen:

- *Elkarri laguntzea,* talde-lanei izugarritzko garrantzia emanez.
- *Erantzukizuna edo konpromisua,* parte-hartze aktiboa eta inplikazioa bermatuz.
- *Demokrazia.* Bazkidea da protagonista nagusia.
- *Berdintasuna eta ekitatea.* Bi-biak dira bazkideak tratatzeko irizpideak.
- *Zintotasuna.* Gardentasunaren alde lan egiten da, jarduera zuzenak, etikoak eta ohitura onen araberakoak gauzatzuz.
- *Gizarte-bokazioa.* Kooperatibak kontuan izan beharko du bere ingurua.

Printzipio eta balore hauen idazkera 1995ean ezarri zenetik 25 urte igaro diren arren, euren horretan diraute, eta gaur egunera erraz egokitu daitezke. Horrela, itxura batean behintzat, kooperatibek testuinguru aproposa eskaintzen dute gobernu onaren arau eta gomendioak aplikatzeko, bat datozelako zenbait printzipio eta baloreekin. Are gehiago, gobernu

onaren kodeetako xedapenak gomendio hutsak diren bitartean, kooperatibetako printzipio eta lege eta estatutuetan jasotzen dira, zuzeneko aplikazioa izanik.

Dena den, kooperatiben esparruan bada beste zailtasun bat ere: lege-aniztasuna. Espainiar Konstituzioak agindu bezala, kooperatibak sustatu behar dira, legeria egokiaren bidez¹⁵. Estatu mailan Kooperatibei buruzko uztailaren 16ko 27/1999 Legea dago, baina horrez gain, gaur egun ia autonomia erkidego guztiek dute euren kooperatibei buruzko legea¹⁶, eta sektoreko legeak ere badaude (kreditu-kooperatiben kasua). Lege-aniztasun horrek dakar organoen funtzionamendua eta, ondorenez, Gobernu Onaren arauketa, kasuan kasukoa izatea, aplikatu beharreko lege zehatzaren arabera, batzuetan desadostasunak sortuz eta arauketa unifikatua zail bihurtuz.

Gauzak horrela, jarraian aztertuko dugu Gobernu Onaren inguruan aipatu gomendioetatik, zeintzuk aplika daitezkeen kooperatiben jardunbide organikoan, eta zeintzuk ez, Kooperatiben 27/1999 Legean oinarrituz, eta zenbait berezitasun autonomiko ere kontuan izanda. Azkenik, kooperatiben azterketa amaitzeko, kooperatibismoaren euskal eredia ekarriko dugu hizpidera.

¹⁵ Espainiar Konstituzioaren 129.2. art.: *Botere publikoek eragingarritasunez bultzatuko dituzte enpresetan parte hartzeko era desberdinak, eta, legeria egokiaren bidez, kooperatiba-sozietateak sustatuko dituzte. Halaber, neurriak hartuko dituzte, langileek ekoizbideen gaineko jabetza eskura dezaten.*

¹⁶ Kanaria uharteak izan ezik, baina laster izango dute euren lege berezia, 2019ko otsailan Kanariako Gobernu Kontseiluak Parlamentuan aurkeztu zuelako Kooperatiben Lege proiektua, aginduzko txostenak jaso eta gero, eta 2020ko otsailaren 20an hasi da kontsulta publikoaren tramitea.

2. Gobernu ona, jardunbide organikoari lotuta

Gobernu Onaren Kodeek egitura organiko bakartzat hartu dute sozietate kapitalisten Batza Orokorra eta Administrazio Kontseilua, eta egitura honek zenbait desberdintasun ditu kooperatiba-sozietateen egiturekin.

Egitura organiko berezi horrek Kode Bateratuaren aplikagarritasuna mugatzen du, bigarren mailako merkatu ofizialetan kotizatzen duten kooperatibek (Eroski, kasurako) erakutsi dutenez. Gobernu Korporatiboaren Urteko Txostena aurkeztu dutenean, ikusi da ezin izan dituztela guztiz bete Kode Bateratuaren gomendioak, aurki azalduko ditugun zenbait arrazoiaren ondorioz. Ikus ditzagun, bada, kooperatibaren organoak banan-banan, zailtasuna eta hobetzeko aukera non egon daitekeen aztertzeko.

A) *Biltzar Orokorra*

Sozietate kotizatuen akziodunek Batza Orokorra duten modura, kooperatibetan, bazkideen borondatea Biltzar Orokorraren bitartez adieraziko da. Bi organo horiek antzeko helburua dute: sozietateen parte direnei ahotsa ematea.

Horrenbestez, Biltzar Orokorra da organo gorena, eta legeak esleitutako eskumen eskusiboez gain (hala nola, Kontseilu Artezkariko kideen kontrako erantzukizun-akzioak egikaritzea), jarraibideak eman ahal dizkio organo horri, baita baimenpean jarri ere hartu beharreko zenbait erabaki ere.

Eskumen zabal horiei esker, bazkideek administrazio-organoren gaineko kontrola gauzatu ahal dute, eta hori, alde batetik, komenigarria da, administratzaileen gehiegikeriak saihesteko. Beste alde batetik, alabaina, asko kritikatu da Biltzarrak zuzenean esku hartzea ohiko kudeaketan, arrazoi desberdinen ondorioz: gehiegizkoa izateagatik; milurteko berriaren erronkekin bat ez etortzeagatik (izan ere, sozietate anonimoetan joera kontrakoa da: oinarrizko gaiak bakarrik utzi Batzaren esku eta erabakitzeko-ahalmen zabala aintzatetsi administratzaileei); edota arrazoi prakti-

ko hutsengatik (Biltzarraren egitura eta funtzionamenduak asko zailtzen dute kudeaketa erabakietan behar den arintasuna eta zurruntasun teknikoa)¹⁷. Horregatik gomendatzen da estatutuetan zehaztea esku-hartze horren norainokoa, Biltzar Orokorrek jarduteko gutxienerako eremu bat utz diezaien gainerako organoei, eta organoen arteko koordinazioa errazagoa izan dadin.

Organo honen funtzionamenduari dagokionez, kooperatiben Gobernanu Onak eskatzen du bazkide guztiek behar bezalako informazioa izan behar dutela Biltzarraren inguruan (noiz eta zein gairi buruz egingo diren), zentzuz bozkatzeko beste ezagutza izan dezaten gai horien inguruan. Ildo horretatik, bereziki zaindu beharko dira deialdia, eguneko aztergaien zerrenda edota bazkideen informazio-eskubidea.

Deialdiarekin hasteko, gutxienez bilera baino 15 egun lehenago egin behar da orokorrean (Kooperatiben Legea), edo epe laburragoan zenbait lege autonomikok agindutakoaren ariora (10 egun lehenago, gure kasuan bezala)¹⁸. Honen inguruan, doktrinak epe labur horiek zabaltzea proposatzen du, estatutu zein araudi bidez, bazkideen informazio- eta partehartze-eskubideen onerako.

Biltzarretan aztertu beharreko gaien aldetik, zerrenda administratzaileek finkatzen dute, baina kooperatiben araudi gehienak aintzatesten dute kontu-hartzaileek edo bazkideen ehuneko adierazgarri batek gai berriak sartu ahal dituela. Aukera hori mesedegarria da gobernu onaren ikuspegitik, interes desberdinei men egitea dakarrelako, baina autonomia

¹⁷ VICENTE PESCADOR, A. «Capítulo 5. Equilibrio entre profesionalización y gestión democrática desde la perspectiva de la ACI», *Estudio sistemático del principio cooperativo de gestión democrática*. ENCISO, M. (zuz.) eta GAMINDE, E. (zuz.) Madrid: Dykinson, 2018.

¹⁸ Euskadiko Kooperatiben 11/2019 Legearen 35.6. artikulua «*Hau izango da deialdia jendaurrean jartzeko epea: bilera egin baino hamar egun lehenago gutxienez eta hirurogei egun lehenago gehienez.*»

erkidego guztietara zabaldu beharko litzateke. Akatsa, ordea, beste atal bategan dago: gai-zerrenda berria argitaratzeko epea laburregia da¹⁹, eta jatorrizko deialdiaren parekoa izan beharko litzateke, gaia berri horiek proposatu ez dituzten bazkideentzat guztiz ezezagunak direlako eta denbora behar dutelako gaiok jakin eta horien inguruko informazioa jasotzeko.

Azkenik, bazkideek Biltzarrean parte-hartu eta eskubideak egikaritu ahal izatea baldintzatzen duen beste faktore esanguratsu bat da informazio-eskubidearen norainokoa. Kontseilu Artezkariak uko egin diezaioke informazioa eskaintzeari, kooperatibaren interesak arrisku larrian jartzen badira. Lege batzuen arabera, ezetza emateko arrazoi nahikoa litzateke informazioa eskatzen ari den bazkideak gehiegikeriaz jardun duela uste izatea; beste batzuetan, ostera, ez da halakorik aipatzen. Horrenbestez, Kontseilu Artezkariaren bidegabekeriak saihesteko, estatutuetan hobeto zehaztu beharko litzateke zein kasutan eta zergatik eman daitekeen ezetza.

Edonola ere, Kooperatiben legeriak onartzen du akzio judizialak egikaritzea, Kontseilu Artezkariak uko egiten dionean eskatutako informazioa emateari, eta aukera hori bat dator bazkideari eman beharreko babesarekin, eta ondorenez, gobernu onarekin.

B) *Kontseilu Artezkaria*

Kooperatibako administratzaileek osatutako kidego organoa da, kooperatiba ordezkatu eta kudeatzen dutenak. Organo hau kooperatibaren eguneroko bizitzaz arduratzen da.

Oro har, esan daiteke organo horren diseinua Sozietate Anonimoe-tako Administrazio Kontseiluan oinarritzen dela, unean uneko gobernu

¹⁹ Epe hau 4 egunekoa izango da gehienetan (EAE; Murtzia; Gaztela-Leon; Gaztela-Mantxa), baina 7 egunetara ere luzatu izan da autonomi erkidego batzuetako legedietan (Madrid, Valentzia). Beste kasu batzuetan aldiz, erregulazioetan ez da eperik zehazten (Andaluzia eta Kataluina)..

onaren arauak txertatuta (Olivencia Kodekoak, kontuan hartuta Kooperatiben Legea 1999koa dela). Horrenbestez, zenbait gai barneratu dira dagoeneko: Kontseilu Artezkariaren berrikuspen-eginkizunak, administratzaileei ordaindu ahal izatea (betidanik dohaineko kargua izan denean), bazkide ez diren kontseilariak egoteko aukera edota erantzukizun-sistema, sozietate anonimoen araubidera igorpena eginez.

Zernahi gisaz, oinarrizko atalak falta dira:

- Hasteko, “Kontseilari independente”aren figura ez da guztiz egokitzen kooperatiben egiturara. Aztertutako Gobernu Onaren araudiaren arabera, kontseilari independentea bere baldintza pertsonal eta profesionalengatik izendatuko litzateke, eta ez akziodunekin edo zuzendariekin dituen harremanengatik. Kooperatiban, aldiz, Kontseilu Artezkaria, normalean, bazkideez osatuta dago, eta hauei bakarrik eskatzen zaie lege-debeku edo bateraezintasunen bat ez izatea (estatutuen bidez bakarrik eskatu ahal zaizkie gainerako baldintzak: antzinatasuna, esperientzia, sektoreko ezagutza teknikoak...). Hala ere, aurrerapauso nabaria eman da, bazkideak ez diren kontseilariak onartu direnean, kopuru mugatuan izan arren (gehienez kideen 1/3 edo 1/4). Halakoei bai eskatzen zaie kualifikazioa eta esperientzia, betidanik aipatu izan den oztopoa gaindituz (kudeaketa demokratikoari kalte egiten zaiola), eta gobernu onak proposatzen duen kudeaketa profesional, anitz eta independentearen alde eginez.
- Ildo berari ekinez, kooperatiben arauketari leporatu ahal zaion beste akats bat aditu independente horien kopuruan datza. Gobernu onaren arauak gutxieneko portzentaila aipatzen duten bitartean, kooperatiben arloan gehienekoak ezartzen dira (gehienez, kideen 1/3 edo 1/4), eta horrek ekar dezake

kontseilari independente gutxi egotea, organoaren objetibotasunari eta profesionaltasunari kalte eginez, eta ondorenez, baita bazkideen babesari ere.

- Bigarrenenez, Kontseilari independente eta arrunten izendapenaren inguruan orain arte eskatzen zenari (bazkide izatea, antzinasuna...) beste baldintza batzuk erantsi beharko litzazkioke gobernu onaren ikuspegitik, hala nola: generoaren inguruko aipamena; kargua betetzeko prestakuntza eta esperientzia profesional egokia; eginkizunak bete ahal izateko beste denbora dedikatzea; eginkizunok aldi-aldi ebaluatzea eta horren inguruko formazioa eskaintzea, atal teknikoek haratago kooperatiben printzipio eta balioak ere etengabe landuz.
- Hirugarrenik, karguaren iraupenari dagokionez, kontseilariak 3-6 urte bitartean daude karguan (2-5 urte gure kasuan), baina berriztatzearen bitartez epealdi horiek modu nabarian zabaldu ahal dira. Legeek ez dute mugatzen gehieneko agintaldi-kopurua²⁰, komenigarria izango litzatekeen arren, kontseilariak lan eraginkortasuna, independentzia eta objektibotasuna ez galtzeko.
- Laugarrenenez, Gobernu Onaren kodeak eskatzen dituen gomendioetatik aplikatzerakoan zailtasunik handienak ematen dituen ekarriko dugu hizpidera: kontseilarien ordainsaria. Orain arte kargua gehienetan dohakoa izan da, dohakotasun honen arrazoa ondo azaltzen du GARCÍA ÁLVAREZek, esanez

²⁰ Gobernu Onaren Kode Bateratuak, ostera, 29. Gomendioan adierazi zuen kontseilaria, gehienez, 12 urte egon zitekeela segidan karguan, baina ez gehiago. CNMV: *Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, 2006, 32. or.

https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_unificado_Esp_04.pdf (azken kontsulta, 2020/05/13).

«Esta visión restrictiva de la posibilidad de que el cargo de administrador en una cooperativa sea retribuido parece encontrar su fundamento último en la falta propiamente de ánimo de lucro de la sociedad cooperativa, así como en el hecho de que el administrador si es, a su vez, socio, puede ver retribuida su actividad en la cooperativa de otras maneras»²¹. Gaur egun, kargu honen ohiko dohainekotasunerako tendentzia gairiditu dela esan daiteke, baina Estatuko legeak bazkide ez diren kontseilariei eta kontu-hartzaileei bakarrik ordaintzea aurreikusten duen bitartean (eta ez bazkide direnei)²², arau autonomikoek xedatzen dute kontseilari guztiei ordaintzea, bazkide izan zein ez. Gaur egun, logikoa dirudi administratzaileei ordaintzea kooperatibetan ere, kudeatzen dituzten gaien konplexutasuna, dedikazioa eta, batez ere, erantzukizuna kontuan izanik. Ildo bertsutik, logikoa dirudi baita ere, ordainsari hori ez lotzea bazkide izaerarekin, baizik eta bestelako irizpide objektiboekin, gobernu onaren arauak proposatu bezala (benetan gauzatutako eginkizunak, formazioa, lanbide esperientzia, dedikazioa...). Halaber, estatutuetan ordainsari hauen zenbatekoak zehazteko unean, komenigarria litzake sistema guztiz edo partzialki aldakorrak aukeratzea, ordainsari horiek benetan egindako kudeaketarekin lotu ahal izateko, edota epe ertain edo luzera lortutako emaitzekin.

²¹ GARCÍA ÁLVAREZ, B. «La retribución de los miembros del consejo rector o de los administradores en las sociedades cooperativa». *REVESCO. Revista de estudios cooperativos*. 2015eko hirugarren lauhilekoa, 119 zk., 62. or.

²² Kooperatiben 27/1999 Legearen 40. artikulua «*Los Estatutos podrán prever que los consejeros y los interventores no socios perciban retribuciones, en cuyo caso deberán establecer el sistema y los criterios para fijarlas por la Asamblea, debiendo figurar todo ello en la memoria anual. En cualquier caso, los consejeros y los interventores serán compensados de los gastos que les origine su función*».

• Azkenik, Kontseilarien eginbehar eta erantzukizunei dago-kienez, orokorrean²³, Sozietate Anonimoetako administratzaileentzat ezarritakoak dira, alegia, arreta eginbehar zehatza eskatzen zaie²⁴. Horrenbestez, badirudi kontseilarietara bete-betean aplika dakizkiela arreta zein leialtasun eginbeharrak (Euskadiko Kooperatiben Lege berria oso argia da atal horretan, ikusiko dugun bezala), baita horren inguruan eratu den doktrina eta gobernu onaren gomendioak ere. Hala ere, deigarria da, erantzukizun eta betebeharren atal honetan beren beregi ez aipatzea kooperatiben printzipioak errespetatzeko betebeharrak orokorrean, eta lege autonomiko batzuetan bakarrik egotea jasota atal hori. Printzipio horiek argi uzten dute bazkideak sozietatearekin duen lotura, ondorioz printzipioen ez betetzea, gobernu-akatsa izango litzateke (sarritan, familia edo antzeko loturak egon litezke zuzendarien eta kontseilarien artean, eta horregatik ahalegin berezia egin behar da fideltasun-betebeharrak zehazteko, jokabide oportunistak eta desleialak saihesteko).

C) Kontu-hartzaitetza

Organo honen zeregin nagusia kooperatibaren fiskalizazioa da, merkataritzako sozietateetan dagoen Auditoretza Batzordearen parekoa litzake.

²³ Kooperatiben 27/1999 Legearen 43. artikulua «*La responsabilidad de los consejeros e interventores por daños causados, se regirá por lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas, si bien, los interventores no tendrán responsabilidad solidaria*»

²⁴ Zeharkako igorpen hau Kapital Sozietatei buruzko Legearen 225. artikulura da, eta honek dio «1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. 2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. 3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones».

Kooperatiben Legearen 38. artikuluren arabera, kontu-hartzaile hauek bazkideen artean hautatuko dira, eta kideen 1/3 aditu independenteak izan daitezke. Kopuru zehatza estatutuetan finkatuko da, eta ezin da izan Kontseilu Artezkarikoa baino handiagoa.

Horrenbestez, egituraren aldetik, organo honek ez ditu betetzen gobernu onaren arauak, bertan esaten denez, kide guztiak izan behar direlako kanpoko adituak, Kontseiluak besterik erabaki ezean²⁵. Horretara, organoaren independentzia bermatu nahi da, finantza-informazioa ahalik eta objektiboena eta fidagarriena izan dadin.

Azkenik, adierazi behar da kooperatiben araudiaren arabera bateraezina direla Kontseilu Artezkari eta kontu-hartzailetzako karguak. Gainera, kargu horiek ezin dira aldi berean bete lehen mailako hiru kooperatiba baino gehiagotan. Atal honetan, badirudi kooperatiben legeria gobernu onaren kodeen aurretik doala. Izan ere, kodeek ez dute aipatzen karguen bateraezintasun hori, eta bakarrik gomendatzen da arauak ezartzea kontseilariak osatu ahal dituzten kontseilu-kopuruen inguruan; kooperatibek, aldiz, ondo mugatuta dute atal hori, gobernu onaren gomendioa soberan jarraituz.

IV. GOBERNU ONA EUSKADIKO KOOPERATIBEI BURUZKO LEGE BERRIAN

Euskal Herriaren kasuan, kooperatibismoak pisu berezia dauka. XIX. mendean, Altos Hornos inguruan sortu zen mugimendua hazten joan zen, Arrasateko Korporazioari esker (MCC) erreferente bihurtu arte,

²⁵ Gobernu Onari buruzko Txostenaren 39. gomendioak dio «(...) y que la mayoría de dichos miembros sean consejeros independientes» kontrata, Kooperatiben Legearen 38.3 artikulua dio «*Los interventores serán elegidos entre los socios de la cooperativa*».

nazio zein nazioarte mailan²⁶. Talde honek urteetako esperientziarekin erakutsi du bariabile ekonomiko eta etiko-moralak batera aplikatzen dituen sozietatea errentagarria eta arrakastatsua izan daitekeela.

Euskal kooperatibismoaren garrantzi horri helduta, lana amaituko dugu gobernuaren gaia bereziki aztertuz gure kooperatibetan, 2020ko urtarilean indarrean sartu den 11/2019 Lege berria hizpidera ekarrita.

Legea honek ekarri duen lehen aldaketa da beren beregi aipatzen direla kooperatiben printzipioak, egungo testuinguru globalizatuan identitate kooperatiboa galtzearen arriskuari aurre egiteko. Horrez gain, gaur egun berebiziko garrantzia duen genero-aniztasuna ere aipatzen du, 3 ataletan:

- 32.4 artikuluan esaten da Kooperatibek eta horien egiturako elkarteek ahalegina egingo dutela organoetako presentzia orekatua izan dadin, genero berdintasunerako neurriak ezar daitezten, batez ere bizitza pertsonala, familiakoa eta lana uztartzeko.
- 47.4. artikuluan, Kontseilu Artezkaria egituratzeko gizonezkoen eta emakumezkoen ordezkartza orekatuaren alde egiten da.
- Etekinen aplikazioa zehazterakoan, berdintasun arloko heziketa bultzatzen da, Heziketa Fondoaren helburuen artean hauxe aipatuz: «barkide eta langileen trebakuntza eta heziketa, emakumezko eta gizonezkoen arteko berdintasunerantz abiatzeko».

²⁶ Horixe adierazten dute taldearen magnitude ekonomikoek: 12.215 milioi euroko sarrerak, 264 erakunde, edota 25.1 milioi euro gizarte-ekintzara destinatuta, 2018ko urteko txostenak aipatu bezala

<https://www.mondragon-corporation.com/sobre-nosotros/magnitudes-economicas/> (azken kontsulta: 2020/05/13).

Azken bost urteetan, bestalde, 8000 lanpostu baino gehiago sortu dira, eta erdia baino gehiago, hurbileko testuinguruan.

<https://www.mondragon-corporation.com/sobre-nosotros/magnitudes-economicas/informe-anual/> (azken kontsulta: 2020/05/13)

Berrikuntza esanguratsuenak, dena den, jardunbide organikoaren ataletan gertatu dira.

A) *Biltzar Orokorra*

Oraingo testuaren ildotik, sozietatearen ekitaldia itxi eta lehenengo sei hilabeteetan ohiko Biltzar Orokorra “batu” behar da, lehen epe horretan “deitu” behar zen bitartean, horrela ziurtatuz bilera egingo dela. Horrez gain, teknologia berriak sartu dira bai deialdirako, baita bilera parte-hartzea errazteko ere, behar besteko informazioa bermatuta egon dadin, eta asistentzia erraztu dadin.

Deialdiarekin lotuta, biltzarra egin baino 15 egun lehenago egon behar da argitaratuta (eta ez 10 egun lehenago, aurreko testuan bezala), gobernu onak agindu bezala bazkideek epe nahikoa izan dezaten deialdi horren berri izateko.

Informazio-eskubidearen aldetik, lege berriak xedatzen du estatutuek zehaztu behar dutela Kontseilu Artezkariak zein kasutan uka dezakeen informazio hori, ausartegia edo oztopatzailea izateagatik.

Azkenik, biltzarraren erabakiak aurkaratzeko sistema goitik behera aldatu da, Kapital Sozietateen Legean ezarritako irizpideak jarraituz. Hortaz, orain, sozietate kapitalistetako Biltzar Orokorren zein Euskal Herriko kooperatibetako Biltzar Orokorren erabakiak modu berean aurkaratzen dira, legitimazio, prozedura eta epeari dagokionez, segurtasun juridikoa bermatuz.

B) *Kontseilu Artezkaria*

Aldaketarik esanguratsuenak atal honetan gertatu dira, sozietate kapitalistentzako den 31/2014 Legearen zenbait xedapen barneratuz, gobernu onaren joera legegileei ekinez.

Hasteko, Kontseilu Artezkaria oraindik eta profesionalagoa izatea erabaki da, ondorioz 1/3ra handitu da kide ez diren kontseilarien kopurua.

Horrez gain, administratzaileen eginbeharrei dagokienez, artikulua berri oso bat sartu da indarrean, hain zuzen ere, 49. artikulua. Aurreko Kooperatiben legeak²⁷ orokorrean aipatzen zuen enpresaburu zuzen baten arretarekin eta leialtasunarekin jardun behar zutela. Oraingo testuak, aldiz, eginbehar horiek zehazten ditu, Kapital Sozietateei buruzko Legearen 225. artikuluan eta hurrengoak kontuan hartuta, enpresa-diskrezionalitatearen inguruko 226.a barne. Horrela, areagotu dira arreta eta leialtasun eginbeharrak: datu esanguratsuak isilpean gorde behar dituzte, kargua utzi ondoren ere; debekatu egiten zaie beren edo besteren konturako jarduerak gauzatzea, jarduera horiek kooperatibaren lehiakide badira edo, kooperatibaren interesekin gatazka badakarte... Horrekin batera, luze eta zabal arautu dira eginbehar horiek ez betetzeagatik sor daitezkeen erantzukizunak, eta betiko akzioei gehitu zaie sozietate-ondareari egindako kaltea ordaintzeko betebeharra eta bidegabeko aberastasuna itzultzeko betebeharra, leialtasun eginbeharra urratu denean.

Ildo bertsutik, administratzaileen ordainsaria ere arautu da. Gardentasuna bermatzeko. Horregatik eskatzen da estatutuetan zehaztea ordainsaria finkatzeko irizpideak eta, betiere, Biltzarrak erabakitzea urteko zenbatekoa, kontuan izanda kooperatibaren benetako egoera eta administratzaileak eskaintako zerbitzua.

Amaitzeko, gobernantzaren esparruan funtsezkoa da, baita ere, *Compliance* izeneko²⁸. Egin-eginean ere, gobernu ona edo korporazio-gobernua

²⁷ Euskadiko Kooperatiben 4/1993 Legea, ekainaren 24koa, EAO 35 zk., 2012ko otsailaren 10ekoa.

²⁸ Enpresek, administrazio-organoaren ekimenez, barne-izaerako jardunbide egokiei buruz hartzen dituzten arauen multzoa da. Horren bidez, zuzendaritza-kideek edo enplegatuek delituak egiteko arriskua murriztuko duen antolaketa-eredu bat ezarri nahi dute.

eta arauak betetzea edo *compliance* eskutik doaz, eta gaur egun, enpresa-esparruan *Compliance kultura* ezarrita dago, enpresa bakoitzari egokitutako *Compliance* Egitarauak abian jarrita. Legeak errealitate hori kooperatiben esparrura hurbildu nahi izan du emeki-emeki, 50 bazkide baino gehiago dituzten kooperatibeetan Delituak Ekiditeko Eredu bat osatzeko betebeharra ezarrita, estatutuen gutxieneko eduki moduan. Erronka izango da eredu horiek Gizarte Ekonomiaren ezaugarri eta dinamiketara egokitzea, arriskuak ekidin, detektatu eta kudeatzeko zereginak ezarritz.

Guztiarekin, bai Euskadiko kooperatiben kasuan, bai kooperatiben kasuan, orokorrean, ikusi da gobernu onaren arauak ezin direla zuzenean eta modu automatikoan islatu kooperatiben araubidera, oinarritzko zenbait berezitasun daudelako. Honen aurrean aukera desberdinak daude: sozietate kapitalisten gobernu onaren arauak moldatzea, kooperatiben esparrura egokitzeko, edota kooperatibentzako bereziki gobernu onaren arau edo kodeak eratzea.

V. KOOPERATIBEN GOBERNU ONA PRAKTIKAN

Erregulazio eta gomendio hauen teoria zuzenean kooperatibetan aplikatzeak arazoak dakartzala azaldu dugu, eta praktika hauek zuzenean ezagutzen dituen Mondragon Korporazioan heziketa kooperatiboaz arduratzen den Iñigo Iñurrategiren iritzia jakin ahal izan dugu.

Ezaguna da Mondragon Korporazioak Autonomia Erkidegoan, Estatu mailan eta nazioartean egiten duen lana. Korporazio hau kooperatibismoak sortutako mugimendutik jaio zen 1956. urtean Arrasaten, momentu hartatik Euskal Herriko lehenengo enpresa- talde bihurtu zen, eta gaur egun 100 kooperatiba autonomo independente baino gehiagok eratzen dute korporazio hau. Nazioartera begira nolabaiteko hesiak apurtu dituela esan daiteke, merkataritza eta produkzio ezarpenak bost kontineetara zabaltzen baititu.

INURRATEGIK aipatzen du kooperatiben gobernu onaren inguruko erregulazio zehatzik egon ez arren sakonki aztertzen den eta kontutan hartzen den arlo bat dela. Hasteko, garrantzitsua deritzo gobernantzaren inguruko marko bat zehaztea, lege berberak ezartzen duen antolaketa sistema eta funtzioak oinarritzat hartu eta bi kooperatiba hausaz aukeratu bagenitu, praktikan ikusiko genuke gobernantzaren aplikazioa desberdina izango litzakela. Praktika hauek jada dauden erregulaziora egokitze baina aldi berean eguneroko errealitatetik ez urruntzeko Mondragonek *Guía para la buena Gobernanza Corporativa Versión 2.0*²⁹ sortu du 2020ko urte honetan. Txosten honek Gobernantza korporatiboaren definizio bezala hurrengo dio «*El gobierno cooperativo es el conjunto de normas, principios y procedimientos que regulan la estructura y el funcionamiento de los órganos de gobierno de la cooperativa. En concreto, establece las relaciones entre el consejo rector, el consejo de dirección, las/los socios/os y el resto de las partes interesadas, y estipula las reglas por las que se rige el proceso de toma de decisiones sobre la compañía para la consecución del Proyecto Socioempresarial de la Cooperativa*». Behin kontzeptua argi izanda, berebiziko azterketa egiten dute bi arlotan, organo bakoitzaren funtzioei dagokienez, organoen arteko adostasuna ziurtatzeko prozesuetan eta konfiantza eta erantzunkidetasun harremanak garatzeko beharrezko prozesuetan.

Bazkideen aukeraketen eta agintaritze organoetako kideen aukeraketen prozedurari beraz benetako garrantzia eman behar zaiola ikus daiteke. Kooperatibetan beste sozietate kotizatuekin konparatuz, bazkideek pisu nabarmena dute erabakiak hartzeari dagokionean, beraz hauen irizpideek eragin garrantzitsua izan dezake kooperatibaren etorkizunean. Bada, lege ezarri gabe nola ziurta genezake kooperatibista bihurtuko denak oi-

²⁹ Jada idatzita dagoen arren oraindik argitaratu gabe dagoen dokumentu bat da. Dokumentu honek aldaketa txiki batzuk izan ditu eta Kooperatiben lege berriaren aldaketak jaso ditu. V. kapitulu hau garatzeko oinarritzat erabiliko den testu hau 2.0 bertsio bat da 2020ko Maiatzaren 19an editatutakoa.

narrizko printzipioak beteko dituela? Prozesua gogortuz adibidez, baina nola gogortu kooperatibisten aukeratze prozesu hau Nazioarteko Aliantza Kooperatiboak ezartzen duen *Ateak irekita* edo *borondatezko atxikimendua* printzipioa urratu gabe? INURRATEGIK “kultura kooperatiboaren hezkuntzan” egiten du azpimarra, honen bitartez ez da *Ateak irekita* izatearen printzipioa urratuko eta behin kooperatibaren parte bihurtuta, gobernu onak helburutzat duen etika horretan formazio bat emango zaio.

Esan bezala, lege bezala minimo batzuk ezarri daitezke, edo gomen-dioak txosten batean jaso daitezke, baina bai edo bai egon behar da balore eta printzipioen inguruko hezkuntza eta prestakuntza bat. Kooperatibek urteetan jardun dute *management* arloko trebakuntza programetan lan egiten, honek bazkideek sozietatearengan konpromezua sortzen du. Inurrategiren elkarrizketatik ondoriozta daiteke beraz, Mondragon Korporatibak Gobernu onaren inguruan egindako lana batez ere heziketan dela. Heziketa malgua edo aldakorra da, hau kooperatibara egokituko delako, beti ere indarrean dagoen legea eta momentuan bizi de egoera kontuan hartuz. Heziketa honen bitartez kooperatibek nolabait ziurtatzen dute “gobernu on” hau idatzita egoteaz gain, kooperatibisten izateko eran ere egotea.

VI. GOGOETA ETA ONDORIOAK

LEHENENGOA. 90eko hamarkadaren erdialdean, zenbait eskandalu ekonomikok agerian utzi zuten, batetik, administratzaileen jarduera eskasa eta, bestetik, Biltzar Orokorraren kontrolik eza administrazio-organoren gain. Ondorenez, adituen batzordeek eta nazioko zein nazioarteko erakundeek sozietateen gobernu (batik bat sozietate kotizatuena) hobetzeko lan eta proposamenak hasi zituzten (“korporazio-gobernu” deitu zena). Espainian ere, gobernu zentralak eskatutako txostenak egin ziren (Olivencia eta Aldama Txostenak, hain zuzen).

BIGARRENA. Hasieran, proposamenak Gobernu Onaren Kodeetan sartu ziren. Kode horietan, kapitalaren osarari buruzko gardentasunari edo administrazio organoaren eraketa eta funtzionamenduari buruzko gomendioak jaso ziren (kontseilari mota desberdinak, ordainsariei buruzko informazioa eta kontrola, auditoretza zein izendapenen batzorde bereziak, etab.). Ondoren, zenbait lege eraldaketek gomendio horietako batzuk aginduzko arau bihurtu zituzten (Kapital Sozietateen Legea eraldatzen duen 31/2014 Legea nabarmendu behar). Era berean, Gobernu Onaren Kode berri bat idatzi zen 2015ean, eta honen inguruan lege berriak onartu ziren.

HIRUGARRENA. Arestian aipatutako guztiarekin, enpresetan kontzientzia piztu da erabakiak hartzeko prozesuak eta barne kontroleko tresnak hobetzearen inguruan, administratzaileen jarduera sozietatearen interesetara egokitzeko. Kezka hori are nabarmenagoa da sozietate kotizatueta, non arau bidezko esku-hartzea esanguratsua izan da, kudeatzaileen gaineko kontrolak eragingarriak bihurtzeaz gain, merkatu nahiz inbertitzailei informazio osoa, gardena eta kontuzkoa emateko.

Horregatik, gobernu korporatiboaren edo gobernu onaren inguruan egin diren azterketak, funtsean, sozietate kotizatuentzako izan ohi dira, eta oraintsuago hasi dira sozietate ez kotizatuak ere kontuan hartzen, baina ez, ostera, merkataritzakoak ez diren sozietateak, kooperatibak esaterako, gure gizartean eta ekonomian kontuzko presentzia izan arren, egunean-egunean hazten ari dena. Horrexegatik, gobernu onaren gomendioak oso erabilgarriak izan daitezke esparru honetan, ohiko helburu orokor eta mutualistak erdiesteko.

LAUGARRENA. Gezurra badirudi ere, gaur egun bizi dugun COVID-19aren krisia dela eta, badirudi, gizartean berriz ere interesa sortu dela balore eta printzipio sendoak dituzten sozietate-egituren inguruan. Paradigma-aldaketak enpresa ikuspegi berri bat eskatzen du; beraz, mo-

mentu ona litzateke, jada badauden Gobernu Onaren arauak kooperatiben beharretara eta ereductara ere moldatzeko.

Duda-izpirik gabe, kooperatiba-aniztasuna kontuan izanda (tamaina, sektorea...), ez dirudi bidezkoa denik kudeaketa-proposamen zehatza eta bakarra plazaratzea, eta kooperatiben arauketak ere ezinezko bihurtzen du gobernu onaren gomendio guztiak goitik behera jarraitzea. Hala ere, testuinguru globalizatu eta lehiakorrean jardungo duen ekintzailatza kooperatibo modernoa erdietsi nahi badugu (ADN bereziari uko egin gabe, noski), merkatua eta sozietate kapitalistenganako hurbilketa ez dira mehatxu moduan ikusi behar, gobernua hobetzeko aukera moduan baizik.

Horrenbestez, gure uste apalean, kooperatiben gobernua hobetu daiteke, aipatu gomendioen ildotik, bide desberdinak irekitzen direlako:

- a) Gobernu onaren kode eta arauak sozietate mota hauen ezauzgarri bereziei egokitzea, estatutu zein barne-araudien bidezko autorregulazioa erabilita. Horrela, kooperatiba bakoitzak bere beharrianetara moldatuko zituen gobernu onaren proposamenak, eta hartutako konpromisoen jarraipena egiteko tresnak ahalbidetuko zituen.
- b) Gobernu Onaren berezko kode berri bat sortzea, kooperatiben ezaugarriak, printzipioak eta baloreak kontuan hartuz. Kode honek kooperatiben berezitasunak defendatuko lituzke, baina aldi berean, gobernu profesionalizatu eta espezializatuaren alde egingo zuen, merkatuan dauden lehiakideen antzera.
- c) Hirugarren bide bat izan daiteke aurreko kapituluan aipatutako Hezkuntza, Prestakuntza eta Informazioaren printzipioetara jotzea, *management* arloko trebakuntza programak ezarriz, administrazio-organismoan sartu ahal izateko edo etengabeko ikaskuntza bezala. Horrela ziurtatuko zen gobernu onaren eginerak benetan barneratzen direla eta egunerkotasunean aplikatzen direla.

VI. BIBLIOGRAFIA ETA BESTE ITURRIAK

Bibliografia

CALVO VÉRGEZ, Juan. *La responsabilidad tributaria subsidiaria*. Madrid: Dykinson, 2016.

CHARTERINA MARTÍNEZ, Alejandro. «Los principios cooperativos». *La cooperativa y su identidad*. Madrid: Dykinson, 2016, 45.-54. or.

CHARTERINA MARTÍNEZ, Alejandro. «Los principios cooperativos en la Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa». *La cooperativa y su identidad*. Madrid: Dykinson, 2016, 55.-77. or.

CURRAU CRIADO, Rafael. *Buen gobierno corporativo para PYMES. Sociedades de capital y cooperativas*. Valencia; Tirant lo blanch, 2019

DURAN CASTIÑEIRA, Beatriz. «El informe anual del gobierno corporativo», *Comentario práctico a la nueva normativa de Gobierno Corporativo* ARRIASVARONA, Javier eta RECALDE CASTELLS, Andrés (koord.) Madrid: Dykinson, 2015, 217.-225.or.

GADEA SOLER, Enrique; SACRISTÁN BERGIA, Fernando eta VARGAS VASSEROT, Carlos. *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI: realidad actual y propuestas de reforma*. Madrid: Dykinson, 2009.

GARCÍA ÁLVAREZ, Belen. «La retribución de los miembros del consejo rector o de los administradores en las sociedades cooperativa». *REVESCO. Revista de estudios cooperativos*. 2015eko hirugarren lauhilekoa, 119 zk., 53.-76. or.

JORDÁN GARCÍA, Rafael eta NAVARRO MATAMOROS, Linda. «Capítulo Primero. Aplicabilidad de los principios de gobierno corporativo a las sociedades no cotizada y la reforma de la Ley de Sociedades de Capital basada en la mejora del gobierno corporativo». *Mejora del gobierno corporativo de sociedades no cotizadas*. Madrid Dykinson, 2015, 24.-41.or

MATEU DE ROS CEREZO, Rafael. *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2006.

MORAL MOZAS, Adoracion eta PUENTES POYATOS, Raquel. «La responsabilidad social corporativa y su paralelismo con las sociedades cooperativas.» *REVESCO Revista de estudios cooperativos*. 2010ko abendua, 103. zk., 75-100 or.

PUENTES POYATOS, Raquel, VELASCO GÁMEZ, María del Mar eta VILAR HERNÁNDEZ, Juan «El buen gobierno corporativo en las sociedades cooperativas.» *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 2006, 98 zk., 118.-140. or.

REYES SEPÚLVEDA, Jessica María. «Importancia del gobierno corporativo como herramienta para la gestión del riesgo de las empresas cotizadas y no cotizadas y las mejoras recientes a la regulación Española.» *REDS Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*. 2016ko urtarrila, 8. zk., 255.-264. or.

RONCERO SÁNCHEZ, Antonio (koord.) «Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada, Estudio en todos sus aspectos de las recientes reformas introducidas en la Ley de sociedades de capital por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015» I. eta II. *Liburukiak*. Nafarroa: Aranzadi 2016.

SOUZA DE MIRANDA, Jose Eduardo. «El buen gobierno de las Sociedades Cooperativas y la gestión bajo los valores del Cooperativismo: una reseña didáctica.» *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*. 2015ko abendua, 28. zk., 249-254 or.

VICENTE PESCADOR, Alberto. «Capítulo 5. Equilibrio entre profesionalización y gestión democrática desde la perspectiva de la ACI», *Estudio sistemático del principio cooperativo de gestión democrática*. ENCISO, Marta. (zuz.) eta GAMINDE, Eba. (zuz.) Madril: Dykinson, 2018.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. *Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*. Madrid: Tecnos, 2015.

Legeria

- 27/1999 Legea, uztailaren 16koa, Kooperatibei buruzkoa. EAO 170 zk., uztailaren 17koa.

- 26/2003 Legea, uztailearen 17koa, Gardentasunari buruzkoa. EAO 171 zk., uztailearen 18koa.
- 1/2010 Legea, uztailearen 2koa, Legegintzako Errege Dekretua Kapital Sozietateei buruzko testu bategina onesten duena. EAO 161 zb., 2010ko uztaiairen 3koa.
- 19/2013 Legea, abenduaren 9koa, Gardentasunari, Informazio Publikoa Eskuratzeari eta Gobernu Onari buruzkoa. EAO 295 zk, abenduaren 10ekoa.
- 31/2014 Legea, abenduaren 3koa, Kapital Sozietatearen Legea aldatzen duena, korporazio-gobernua hobetzeko. EAO 293 zk, abenduaren 4koa.
- 22/2015 Legea, Kontuen Auditoretzari buruzkoa. EAO 173 zk, uztailearen 21ekoa.
- 11/2018 Legea, irailaren 28koa, Merkataritza Kodea, Kapital Sozietateen Legea eta 22/2015 Auditoretza Legea eraldatzen dituena, finantzakoa ez den informazioa ta dibertsitate ataletan. EAO 314 zk, 2017ko abenduaren 29koa.
- 11/2019 Legea, abernduaren 20koa, Euskadiko Kooperatibei buruzkoa. EAO 14 zk., 2020ko urtarrilaren 16koa.

Beste iturriak

- CNMV. *Informe de la comisión especial para el fomento de la Transparencia y eguridad en los mercados y las sciedades cotizadas* (Comisión Aldama), 2003.
- CNMV. *Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas*, 2006. Madrid: Edison.
- CNMV. *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. 2015. Madrid: Edison
- CNMV. *Guía técnica de buenas prácticas para la aplicación del principio «cumplir o explicar»*, 2016. Madrid: Edison.
- CNMV. *Informe anual de gobierno corporativo de las entidades de valores admitidas a negociación en mercados regulados*, 2018. Madrid: Edison.

NOTAS

OHARRAK

EXPLANATORY NOTES

Casos prácticos Seminario 2-2-2022

1. Interpretación de legados. Intervención de legitimarios en caso de un solo heredero instituido.

Comparece la viuda y tres legatarios de metálico (nietos). Uno de ellos menor de edad, 15 años, sin estar representado por nadie. La viuda manifiesta que esos legados dinerarios se van a entregar con posterioridad al otorgamiento de esta escritura, empleando el dinero procedente de la realización de activos de la herencia, y los legatarios prestan su conformidad a que la entrega de los legados se realice de esa forma. ¿Tendrá que estar debidamente representado?

El testador fallece, 13/07/2021, siendo vecino de Donosti, casado, y con cuatro hijos, bajo testamento otorgado el 26/05/2019, ante el mismo Notario que autoriza la escritura de aceptación. El testamento no se aporta, sólo se transcribe literalmente, la parte pertinente, “sin que lo omitido por innecesario haya nada que limite, restrinja o modifique o en forma alguna condicione lo inserto”.

El testador manifiesta que aún reconociendo los derechos legitimarios de sus descendientes, no procede atribuirles bienes o derechos por tal concepto por cuanto que han sido beneficiados en vida conjuntamente con su esposa, con diversas donaciones imputables a la legítima. No obstante si el importe de dichas donaciones no fuera suficiente para cubrir la legítima que legalmente corresponda a sus hijos, es voluntad legarles el derecho a complemento de legítima preciso para que su respectiva cuota queda satisfecha y en ese caso, concede a su esposa que se la satisfaga con bienes de la herencia o en metálico, incluso aunque no lo hubieren la herencia, sin devengo de interés alguno. Se establecen reglas de administración.

En cuanto al legado a favor de los nietos comparecientes, se hace constar que “únicamente para el caso de sobrevivir a su esposa”, lega a sus nietos (3), comparecientes, una cantidad en metálico.

El testador no sobrevive a su esposa, por lo que se entiende que esos legados devienen ineficaces, pero no obstante los comparecientes están aceptando esos legados.

Finalmente instituye única a su esposa.

Además, se contiene cautela soccini, y en la cláusula quinta denominada disposiciones particionales, se establecen una serie de consejos por parte del testador.

¿Deberían comparecer los legitimarios (hijos) para ratificar la escritura así como el representante legal del menor o dado que los legados en metálico son ineficaces, prescindir de éstos y no exigir su representación?

En primer lugar, parece claro que los legados que resultan del testamento son ineficaces al no cumplirse la condición establecida por el testador, cual es la supervivencia a su esposa.

Habiendo fallecido ésta con anterioridad al causante, no se cumple el presupuesto de eficacia y, por tanto, quienes intervienen como legatarios carecen de derecho a adquirir con tal carácter, según resulta del artículo 1114 de Código Civil, aplicable por remisión del artículo 791 del mismo. En todo caso, si han transcurrido más de 180 días desde el fallecimiento, carece además de trascendencia registral en tanto tampoco se señala que se les haga entrega del metálico en pago de legítima sino como entrega de legado.

Como en toda sucesión, es esencial determinar quiénes han de concurrir a la partición de la herencia según el título sucesorio y la legislación aplicable para cumplir con el principio de universalidad de la partición establecido en el artículo 1058 del Código Civil pues no siendo eficaces

tales disposiciones ordenadas por el testador en cuanto al legado y no habiendo ordenado la sucesión, su contenido es íntegramente aplicable.

Así, según resulta del testamento cuyo testimonio en relación se acompaña en la forma admitida por la doctrina de la Dirección General al estar identificado y reproducido con indicación de no haberse omitido nada que limite su contenido, la heredera única instituida es la viuda, que sí interviene.

Junto a ella, es necesaria la concurrencia de los legitimarios.

No habiéndose realizado disposición testamentaria relativa al pago de legítimas a alguno o algunos de ellos en concreto, lo cual sería posible al amparo del artículo 1058 del Código Civil, haciéndose en favor de uno o varios de los llamados como tal en la legislación civil vasca, ha de interpretarse su contenido.

Este es confuso, pues reconoce los derechos legitimarios de sus **descendientes**, lo que hace que no se limite a los hijos, sino a todos los que sean sus descendientes al tiempo del fallecimiento, aunque posteriormente concede a **los hijos**, no a todos los descendientes sino sólo a los de primer grado, el derecho a complemento de legítima si las donaciones realizadas a favor de los descendientes no alcanzaran a cubrir la legítima que en el caso del derecho civil vasco es global.

Así, parece reconocer la legítima a favor de todos los descendientes, aunque sin hacer especiales designaciones de partes, entendiéndose por tanto designados por partes iguales, por lo que sería necesaria la intervención de todos ellos para llevar a cabo la partición con plena eficacia, cualquiera que sea el grado de parentesco en línea descendente, aunque fuera sólo para confirmar que han recibido la legítima con las correspondientes donaciones reseñadas en el testamento o para, en su caso, ejercer el derecho a reclamar el complemento de legítima que corresponderá única-

mente a los hijos y reconocer todos los llamados a ella que se cumple con las disposiciones legales en favor de los legitimarios.

A estos efectos sí sería necesario que el menor interviniera representado por el progenitor no descendiente del causante, al existir con respecto a éste conflicto de interés pues no hay designación específica de partes en el testamento, debiendo determinarse los derechos y adjudicaciones concretas por los llamados a la sucesión.

En cuanto al legado, cabe reseñar como legislación relevante la siguiente:

Artículo 790 CC

Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición

Artículo 791 CC

Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales

Artículo 1114 CC

En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición.

Artículo 888 CC

Cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer.

En relación a los legitimarios, se apuntan las siguientes:

Artículo 675 CC

Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.

El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.

Artículo 765 CC

Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales.

Artículo 806 CC

Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.

Artículo 47 LDCV.– Los legitimarios

Son legitimarios: los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria, en concurrencia con cualquier clase de herederos.

Artículo 48. LDCV– La legítima

1.- La legítima es una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo.

Artículo 49. LDCV– Cuantía de la legítima de los descendientes

La cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario.

Artículo 59 LDCV. Valor de las donaciones computables y colacionables

1. El valor de las donaciones computables será el que tenían al tiempo de fallecer el causante, previa deducción de las mejoras útiles costeadas por el donatario en los bienes donados y del importe de los gastos extraordinarios de conservación o reparación que haya sufragado el mismo, no causados por su culpa. Al valor de los bienes se agregará la estimación de los deterioros originados por culpa del donatario que hubiesen disminuido su valor. De haber enajenado el donatario los bienes donados, se tomará como valor el que tenían en el momento de su enajenación. De los bienes que hubiesen perecido por culpa del donatario, sólo se computará su valor al tiempo en que su destrucción tuvo lugar.

2. Las donaciones a favor de legitimarios sólo serán colacionables si el donante así lo dispone o no hace apartamiento expreso.

3. Las donaciones colacionables lo serán por el valor de las mismas al tiempo de la partición.

4. La falta de apartamiento expreso de los demás legitimarios en las disposiciones sucesorias efectuadas a favor de alguno de ellos determinará la colación de dichas disposiciones.

Artículo 1058 CC

Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.

Resolución de la DGRN 29 de junio de 2017

<https://www.boe.es/boe/dias/2017/07/25/pdfs/BOE-A-2017-8805.pdf>

Aunque tratándose de heredero único no sería preciso realizar partición, sin embargo, si hay legitimarios debe realizarse un inventario y avalúo de los bienes a los efectos de determinar su cuota legitimaria en el haber líquido del caudal relicto, lo que exige su intervención en dichas operaciones.

Por tanto, se impone la intervención del legitimario en la partición porque el inventario de bienes, su avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima (R. de 1 de marzo de 2006). Dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados (RR. de 25 de febrero de 2008, 9 de marzo de 2009, 6 de marzo de 2012 y 12 y 16 de junio y 4 de julio de 2014). También es necesaria su intervención cuando la legítima se les paga en metálico, conforme previenen los arts. 843 y 847 CC. (R. de 15 de septiembre de 2014).

En el caso concreto planteado, el legado ordenado en pago de legítima es de cosa con delimitación de cuota, por lo que para determinar si la cosa legada cubre o no su porción legítima se hace necesario ese inventario y avalúo del caudal hereditario.

En el caso discutido **no hay partición hecha por el testador** ni contador-partidor designado, y pagándose la legítima mediante un legado de cosa con delimitación de cuota, no es posible ejercer las acciones de rescisión o de complemento en su caso sino hasta saber el montante del quantum o valor pecuniario que por legítima estricta corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento y fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte de la testadora, con la deducción de las deudas y de las cargas, salvo las

impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del Código Civil, lo que permite la práctica de las pertinentes operaciones particionales”.

2. ¿Es necesario depositar el Libro del Edificio en el caso de vivienda de autopromotor o no se da el presupuesto exigido por la ley para ello? En el caso de no ser exigible, ¿lo sería al tiempo de la transmisión?

El artículo 202 LH establece la obligación de depósito del LE de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sectorial aplicable, lo que supone una remisión a la LOE y a la legislación autonómica competente.

Derivado de la legislación autonómica vasca, el Libro del Edificio es exigible para todo tipo de viviendas, señalándose de forma expresa que en el caso de que el promotor sea usuario final debe elaborarlo en el plazo de 3 meses desde el fin de obra y que el libro ha de estar disponible no sólo para los usuarios, sino en todo caso para la Administración que deba comprobar el cumplimiento de las obligaciones legales en esta materia.

Así, la doctrina de la DG reconoce la necesidad siempre que sea exigible por la legislación autonómica.

Por tanto, en ningún caso cabe exonerarlo, salvo que se trate de aquellos en que por antigüedad no se aplicable.

En este último caso, aunque podría interpretarse de la dicción literal de la norma que se refiere a que a la fecha de terminación la obligación no existiera por no estar vigente la LOE, la DG lo ha interpretado en el sentido de no ser exigible para las obras nuevas antiguas a que alude el artículo 28 del TRLS.

Artículo 202 LH

Las nuevas plantaciones y la construcción de edificaciones o asentamiento de instalaciones, tanto fijas como removibles, de cualquier tipo, podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble, otorgados de acuerdo con la normativa aplicable para cada tipo de acto, en los que se describa la plantación, edificación, mejora o instalación. En todo caso, habrán de cumplirse todos los requisitos que hayan de ser objeto de calificación registral, según la legislación sectorial aplicable en cada caso.

La porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

Salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportar-se para su archivo registral el libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca. En tal caso, cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica, tomada del proyecto incorporado al libro.

Artículo 7. Ley de Ordenación de la Edificación (LOE). Documentación de la obra ejecutada

Una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitado al promotor por el director de obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos.

A dicha documentación se adjuntará, al menos, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que le sea de aplicación.

Toda la documentación a que hace referencia los apartados anteriores, que constituirá el Libro del Edificio, será entregada a los usuarios finales del edificio.

Artículo 9 LOE. El promotor

1. Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.

2. Son obligaciones del promotor:

- a) Ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él.
- b) Facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, así como autorizar al director de obra las posteriores modificaciones del mismo.
- c) Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra.
- d) Suscribir los seguros previstos en el artículo 19.
- e) Entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes.

Normas comprendidas en el Decreto autonómico 250/2003, de 21 de octubre, por el que se regula el Libro del Edificio destinado a vivienda:

Artículo 10 Decreto autonómico 250/2003, de 21 de octubre – Formalización del Libro del Edificio

– La formalización del Libro del Edificio por parte del promotor deberá hacerse de la siguiente forma:

El capítulo de datos iniciales del cuaderno de registro deberá cumplimentarse totalmente. Los otros dos capítulos de este cuaderno y los registros de incidencias y de mantenimiento deberán dejarse en blanco.

En el archivo de documentos deberá incluirse toda la documentación relacionada en el capítulo de datos iniciales. La inclusión de estos documentos deberá estar firmada por el promotor.

El DET estará compuesto por todos los puntos mencionados en el art. 7 de este Decreto.

– Cuando el adquirente del edificio sea un único propietario, el promotor deberá entregar al mismo el Libro del Edificio en el acto de transmisión de la propiedad. En el caso de propiedad horizontal, cuando se constituya la comunidad de propietarios el promotor entregará el Libro a la persona que ostente el cargo de administrador de conformidad con lo establecido en la normativa sobre propiedad horizontal.

En cualquiera de los dos casos anteriores la persona a quien se entregue el Libro firmará su recepción. La formalización del Libro del Edificio deberá estar completa-

mente actualizada en el momento de su entrega, y en todo caso deberá quedar constancia de la existencia de dicho libro en el cuerpo de la escritura de compraventa.

Cuando el edificio quede como propiedad del mismo promotor, la formalización del Libro deberá hacerse antes de transcurrir tres meses desde la finalización de las obras de construcción.

– A partir del momento de la entrega, el adquirente o el administrador de la comunidad de propietarios tendrá a su cargo el Libro del Edificio y será el responsable de llevarlo al día mediante las oportunas inscripciones y el archivo de la documentación que corresponda.

– Todas las inscripciones en el cuaderno de registro y las incorporaciones de documentación en el archivo de documentos deberán estar firmadas por el propietario del edificio o, en su caso, por el administrador de la comunidad de propietarios.

– Las inscripciones de incidencias y operaciones de mantenimiento en el cuaderno de registro deberán hacerse en el plazo de un mes después de haberse producido o ejecutado. Igualmente, la inclusión en el archivo de documentos y de la documentación que según el art. 8.1 se debe guardar obligatoriamente, debe hacerse en el mismo plazo después de haberse obtenido.

Artículo 11 Decreto autonómico 250/2003, de 21 de octubre – Disponibilidad del Libro del Edificio

El Libro del Edificio deberá estar a disposición de todos los copropietarios, así como, de otros usuarios del edificio, y de los representantes de la Administración que vigilen el cumplimiento de las disposiciones que lo regulan.

Resolución de la dgrn de 17 de enero de 2017.

<https://www.boe.es/boe/dias/2017/02/07/pdfs/BOE-A-2017-1222.pdf>

Libro del edificio en caso de autopromoción. Andalucía. No cabe excepcionar el requisito del depósito previo en el Registro del libro del edificio en caso de autopromoción. Dicha excepción, a diferencia de lo que ocurre con otras exigencias (ej. seguro decenal) no está contemplada en ninguna norma. R. 15 de Noviembre de 2011

Libro edificio en caso de autopromoción. Depósito. Valencia. Según al art. 202 LH, se exige el depósito del libro del edificio a todo documento presentado bajo su vigencia. No es causa de exención el hecho de que la citada norma

no estuviera vigente ni cuando se declaró, ni cuando se terminó la obra. R. 20 de septiembre de 2018

3. Sucesión de bienes troncales en los supuestos de ius transmissionis y renuncia de los transmisarios:

Fallece la causante en estado de viuda con una sola hija.

A continuación fallece esta hija sin aceptar ni repudiar la herencia de su madre dejando a su vez otras dos hijas, por tanto nietas de la primera causante, quienes han renunciado ya a la herencia de su madre, quedando como heredero ab intestato de la misma su cónyuge.

En el haber hereditario existe un bien troncal.

¿Es posible para estas renunciantes aceptar la herencia de la primera causante?

¿Pueden las nietas tener derechos sucesorios sobre los bienes troncales?

De acuerdo con el artículo 1006 CC si el heredero fallece sin haber aceptado ni repudiado la herencia, transmite a los suyos el mismo derecho que él tenía, es decir a sus herederos.

En este supuesto, las hijas no son herederas de la instituida por la primera causante al haber repudiado la herencia de esta última, por lo que abierta la sucesión ab intestato y recayendo el llamamiento en el cónyuge, éste es su heredero y a quien corresponderá aceptar o repudiar la herencia.

Sin embargo, los derechos de este último no se extienden a los bienes troncales, los cuales quedan sujetos a las normas especiales.

Así, no siendo aplicable la sucesión voluntaria en cuanto a los bienes troncales de la causante, y siendo ineficaz el testamento en cuanto a ellos,

ha de abrirse para los mismos la sucesión intestada de la causante, realizando un nuevo llamamiento, esta vez legal, a favor de quienes sean los llamados por disposición legal. En este caso, por fallecimiento de la hija, las nietas quienes sí puede aceptar como herederas ab intestato de su abuela por producirse la delación por derecho propio y no por ius transmisiones.

Artículo 1006 CC

Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía.

Artículo 1009 CC

El que es llamado a una misma herencia por testamento y ab intestato y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos.

Repudiándola como heredero ab intestato y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por éste.

Artículo 111 LDCV.– Sucesión legal de los bienes troncales

1.- Cuando se trate de bienes troncales, el orden de la sucesión legal será el establecido en el artículo 66; pero se reconocen al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho todos los derechos que se regulan en esta ley, que, a falta o por insuficiencia de los bienes no troncales, recaerán sobre bienes troncales.

2.- Cuando no hubiere sucesores tronqueros, todos los bienes se considerarán no troncales.

Artículo 114 LDCV.– Cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho

1.- A falta de descendientes, sucederá el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho extinta por fallecimiento de uno de sus miembros, con preferencia a los ascendientes y colaterales.

2.- En todo caso, el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho conservará sus derechos legitimarios de usufructo.

Artículo 66 LDCV.– Los parientes tronqueros y su prelación

Son parientes tronqueros, siempre por consanguinidad o adopción:

- 1.- En la línea recta descendente, los hijos y demás descendientes.
- 2.- En la línea recta ascendente, los ascendientes por la línea de donde proceda el bien raíz, cualquiera que sea el título de adquisición.

Respecto de los bienes raíces adquiridos por los cónyuges durante la vigencia de un matrimonio, o por los miembros de una pareja de hecho durante la vigencia de la misma, ambos cónyuges o miembros de la pareja de hecho son tronqueros. Aunque estos bienes se transmitan a los hijos o descendientes, los cónyuges o miembros de la pareja de hecho adquirentes siguen siendo tronqueros de la línea ascendente, cualquiera que sea el grado de parentesco con el descendiente titular.

- 3.- En la línea colateral, los parientes colaterales dentro del cuarto grado por la línea de donde procede el bien raíz.

3. Alcance de la sentencia del TS 4602/2021 en relación con otros límites legales del importe por el que se hace la adjudicación.

Se presenta un decreto de adjudicación, derivado de una ejecución hipotecaria, en el que se cuenta como importe de la deuda por el que se hace la adjudicación, una cuantía de intereses superiores a los pactados en la responsabilidad hipotecaria y por un importe de costas que excede del límite del art. 575. 1.bis de la LEC.

Respecto del límite de la responsabilidad hipotecaria por intereses, es un obstáculo que resulta del registro, 100 RH y 132. 3 LH.

Respecto del límite por costas 575. 1.bis, se encuadraría dentro del 132. 4 LH. ¿supone entrar a revisar el fondo de la sentencia?

RESPUESTA

Cuestión dudosa ya que la STS hace análisis de la extensión de la función calificadora y si el cumplimiento de los límites establecidos en los

artículos 670 y 671 son susceptibles de calificación al amparo del artículo 132 LH, sin que pueda aplicarse directamente a supuesto distinto de contemplado por ella, como es el artículo 575.1.bis LEC.

Sin embargo, en tanto este artículo establece un límite de deuda exigible, vinculado no a la responsabilidad hipotecaria, sino a la relación de proporcionalidad entre las costas exigibles y la cantidad demandada, cabe considerar que siempre que no rebase el límite de la respectiva cobertura hipotecaria y se cumplan las disposiciones sobre destino del remate, sí es aplicable el argumento comprendido en el penúltimo párrafo del punto 7 anteriormente reproducido.

En relación al límite de la responsabilidad hipotecaria por intereses, el obstáculo sí resulta del contenido de la inscripción y, por tanto, sujeto a calificación según el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Sin embargo, es necesario ponerlo en relación con los artículos 674 y 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que supone que la suspensión de inscripción como consecuencia del exceso de la cantidad imputada a intereses ordinarios en relación a la consignada el asiento sólo puede tener lugar cuando existan titulares de cargas posteriores con derecho inscrito o anotado y siempre que no se haya hecho constar que el exceso ha quedado consignado a favor de los mismos, tal y como se manifiesta en resolución de la DGSJyFP de 2 de junio de 2020.

Artículo 132 LH

A los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del registrador se extenderá a los extremos siguientes:

1.º Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.

2.º Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción

de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación.

3.º Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria.

4.º Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores.

Artículo 100 RH

La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

Resolución DGSJ y FP 2 de junio de 2020

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-8493

Art. 575. 1. Bis LEC: 1 bis: En todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva.

Artículo 674 LEC. Cancelación de cargas

A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación.

Asimismo, el Letrado de la Administración de Justicia mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados.

También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación.

A instancia de parte, el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se remitirán electrónicamente al Registro o Registros de la Propiedad correspondientes.

Artículo 692 LEC. Pago del crédito hipotecario y aplicación del sobrante

1. El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria ; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra.

2. Quien se considere con derecho al remanente que pudiera quedar tras el pago a los acreedores posteriores podrá promover el incidente previsto en el apartado 2 del artículo 672.

Lo dispuesto en este apartado y en el anterior se entiende sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal.

3. En el mandamiento que se expida para la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del ejecutante y, en su caso, de las inscripciones y anotaciones posteriores, se expresará, además de lo dispuesto en el artículo 674, que se hicieron las notificaciones a que se refiere el artículo 689.

STS 4602/2021; fdt. Jc. Tercero

TERCERO.- Alcance de la calificación registral de documentos judiciales e interpretación de las normas de la LEC sobre subastas Regulación legal sobre la adjudicación del bien en subasta sin postores. Interpretación del art. 671 LEC

1.- Como resume la sentencia 625/2017, de 21 de noviembre, conforme a los arts. 18 LH y 100 RH, el registrador de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se

solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el art. 100 RH dispone que la calificación registral se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

Esta función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento, es decir, no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro

4.- Si nos ajustamos a lo que es objeto de enjuiciamiento en este procedimiento, la procedencia de la calificación negativa del registrador, hemos de advertir que su improcedencia no deriva de la interpretación realizada del art. 671 LEC, sino del exceso en la función revisora que le asigna la ley.

En efecto, la interpretación realizada del art. 671 LEC puede acomodarse mejor a la ratio del precepto, que cumple una función tuitiva del deudor titular del bien ejecutado, cuando se trate de una vivienda habitual. La norma permite que el acreedor pueda adjudicarse el bien por un valor inferior al 70% del valor de tasación, cuando su crédito sea también inferior a este 70%. Aunque la literalidad de la norma refiera que se lo puede adjudicar por el 60%, en realidad estaría estableciendo el mínimo por el que podría llegar a quedárselo, que en todo caso presupondría la extinción del crédito. Dicho de otro modo, si se permite una adjudicación por un importe inferior al 70% es porque con esa adjudicación se extingue el crédito del ejecutante, sin que en ningún caso pueda ser inferior al 60%. Otra interpretación como la literal no se acomoda a la reseñada finalidad tuitiva, en cuanto que legitimaría situaciones perjudiciales para el deudor, que además de sufrir la adjudicación de su finca por el 60% del valor de tasación, seguiría debiendo al acreedor la diferencia hasta el importe de su crédito, y por ello seguiría abierta la ejecución. Esta situación perjudicial no podría justificar la excepción a la regla general que impide al acreedor adjudicarse la vivienda habitual del deudor subastada por un importe inferior al 70% del valor de tasación. Si algo lo pudiera justificar sería la extinción del crédito del acreedor, siempre que su importe fuera superior al 60% del valor de tasación

5.- Pero aun dando por correcta esta interpretación, el problema radica en que excede de la función calificadora del registrador revisar la valoración realizada por el

juzgado al aplicar esta regla del art. 671 LEC. Se trata de una cuestión de fondo, que perjudica a una de las partes en el procedimiento, el ejecutado, que en su caso puede recurrir el decreto de adjudicación para que sea revisado por el juez. Aunque el art. 671 LEC no contiene una previsión expresa igual a la del art. 670.4 LEC respecto del recurso de revisión directa, debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 454 bis.1.II LEC y la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la necesaria posibilidad de revisión de las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia, en las sentencias 58/2016, de 17 de marzo; 72/2018, de 21 de junio; 34/2019, de 14 de marzo; y 151/2020, de de octubre. Es decir, es la autoridad judicial la que, mediante los recursos previstos en la ley procesal, puede revisar la procedencia de la valoración jurídica que subyace a un decreto de adjudicación que, conforme a la literalidad del art. 671 LEC, permita al acreedor adjudicarse la vivienda por el 60% del valor de tasación sin que se extinga con ello el crédito.

6.- La competencia para aprobar el remate y hacer la adjudicación la atribuyen los arts. 670 a 674 LEC al letrado de la Administración de Justicia (LAJ), con posibilidad de impugnación ante el juez o tribunal. Competencia que supone ejecutar un título extrajudicial conforme a lo acordado por el órgano jurisdiccional.

Y el control y revisión del ejercicio de la competencia del LAJ en este punto se puede ejercitar por los interesados, en el seno del procedimiento de ejecución, mediante los correspondientes recursos ante el juez o tribunal de la ejecución. Interesados que han podido personarse en el procedimiento y defender su interés en él: (i) el ejecutado, en cuanto se sigue con él el procedimiento y se le ha notificado en forma el mismo; (ii) los titulares posteriores de derechos inscritos hasta la constancia registral de la expedición de la certificación de dominio y cargas sobre el bien a subastar desde que, si hicieron constar su domicilio en el Registro, el registrador ha de notificarles la existencia de la ejecución; y (iii) los acreedores posteriores, mediante la publicidad registral. Es, pues, el LAJ la autoridad competente para dictar el decreto y para interpretar y aplicar las normas reguladoras de la subasta, del precio de remate y de la adjudicación. Decreto que el registrador de la propiedad calificará, pero que no puede revisar ni forzar su revisión, puesto que ello solo corresponde a la autoridad judicial, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, mediante el correspondiente recurso.

7.- En cuanto a la mención que se hace en el recurso de casación al art. 132 4.º LH, hemos de partir de su redacción:

“A los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del re-

gistrador se extenderá a los extremos siguientes: 4.º Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores”.

Este precepto no es una norma que tenga por finalidad comprobar o controlar la aplicación de determinada interpretación de los arts. 670 y 671 LEC relativa a los valores mínimos de adjudicación, sino que únicamente faculta al registrador para constatar la existencia de una diferencia entre el valor de adjudicación y el importe del crédito y, si lo hubiere, a comprobar que se ha procedido a la consignación del exceso o sobrante; pero no a revisar ni el valor de adjudicación o venta, ni tampoco el importe del crédito.

Este artículo solo se refiere a las posibles controversias respecto al destino del sobrante y es congruente con lo previsto en el art. 129.2 g) LH para la venta extrajudicial, en la que la discusión sobre cuáles son las cantidades pendientes se remite a resolución judicial.

9.- En suma, por más razonable o tuitiva que resulte la interpretación sostenida por la calificación litigiosa, no entra dentro de las facultades del registrador la revisión de la interpretación realizada por un tribunal, más allá del margen legal antes expuesto para la calificación registral. Por lo que el recurso de casación debe ser desestimado.

4. Institución de heredero y de legado con prohibición de vender a favor de una misma persona. Cuáles son los actos de disposición que puede llevar a efecto y con qué requisitos, tratándose de bienes troncales.

En primer lugar, analizando la situación registral de la finca, es imprescindible destacar que en nuestro ordenamiento jurídico se admite prohibición de vender a perpetuidad al heredero o legatario, sin embargo, al constar ya inscrita, se encuentra bajo la salvaguarda de los tribunales tal y como manifiesta el artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria, por lo que no puede obviarse y sólo es posible instar judicialmente su declaración de nulidad para dejarla sin efecto por resultar contraria al orden público.

Por tanto su aplicación hasta entonces es inexcusable, por lo que el legatario no puede vender la finca, aunque sí puede disponer de ella por cualquier otro título, entendiéndose que la prohibición de vender es únicamente aplicable al legatario, pero no afectará al adquirente por título distinto de venta, por ser de interpretación restrictiva como hace constar la entonces DGRN en resolución de 21 de marzo de 2018.

Ello no obstante, dado que el bien es troncal, la transmisión que se lleve a cabo bien por el legatario, bien por el adquirente si fuere igualmente tronquero, puede devenir ineficaz si los parientes tronqueros, caso de haberlos, ejercitan sus derechos respecto de la finca. Por ello, para la plena y definitiva eficacia de la transmisión sería necesario hacer los llamamientos a favor de los parientes tronqueros al tiempo de realizarse la transmisión y su incomparecencia o que la transmisión se lleve a cabo con su consentimiento.

En relación a la prohibición de disponer, son argumentos legales al razonamiento expuesto los siguientes:

Artículo 785 CC

No surtirán efecto:

2.º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781.

Artículo 1 LH párrafo tercero

Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos doscientos treinta y ocho y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley.

Resolución DGRN 21 de marzo de 2021

<https://www.boe.es/boe/dias/2018/04/06/pdfs/BOE-A-2018-4706.pdf>

Entendido que no puede llevarse a cabo venta, son argumentos a favor de los requisitos señalados para llevar a cabo otros actos de enajenación los siguientes:

Artículo 66 LDCV.– Los parientes tronqueros y su prelación

Son parientes tronqueros, siempre por consanguinidad o adopción:

1.– En la línea recta descendente, los hijos y demás descendientes.

2.– En la línea recta ascendente, los ascendientes por la línea de donde proceda el bien raíz, cualquiera que sea el título de adquisición.

Respecto de los bienes raíces adquiridos por los cónyuges durante la vigencia de un matrimonio, o por los miembros de una pareja de hecho durante la vigencia de la misma, ambos cónyuges o miembros de la pareja de hecho son tronqueros. Aunque estos bienes se transmitan a los hijos o descendientes, los cónyuges o miembros de la pareja de hecho adquirentes siguen siendo tronqueros de la línea ascendente, cualquiera que sea el grado de parentesco con el descendiente titular.

3.– En la línea colateral, los parientes colaterales dentro del cuarto grado por la línea de donde procede el bien raíz.

Artículo 76 párrafo primero LDCV. Llamamiento previo a la enajenación

Quien pretenda enajenar bienes sujetos a saca foral practicará notarialmente el llamamiento a los parientes tronqueros.

Artículo 80 LDCV. Libertad de enajenación de bienes troncales

Si no se presentara o consumara su derecho ningún pariente tronquero, el propietario podrá enajenar la raíz por cualquier título oneroso y por el precio y condiciones que libremente decida, dentro del plazo de un año desde que venció el plazo señalado en el edicto o la notificación personal directa. Pasado este plazo, no podrá enajenar a título oneroso sin nuevo llamamiento. Se entenderá no presentado el tronquero si dejare caducar cualquiera de los plazos que se señalan en esta subsección.

Artículo 81 LDCV. Enajenación a terceros no tronqueros

Por comparecencia ante Notario podrá acordarse, por unanimidad entre el enajenante y los tronqueros que comparecieren legalmente al llamamiento, incluidos los de grado no preferente, la enajenación de la finca a un tercero, que se habrá de formalizar en el plazo de un año previsto en el artículo anterior.

Artículo 82 LDCV. Constancia en la escritura de enajenación de los trámites realizados

En toda escritura de enajenación a título oneroso de bienes troncales, sujeta a derecho de adquisición preferente, se consignará si se dio o no el llamamiento foral, con referencia circunstanciada, en el primer caso, al acta de fijación del edicto, o, en su caso, a la notificación notarial directa y a las diligencias subsiguientes, haciendo constar en la correspondiente inscripción si se dio o no en forma legal el llamamiento.

Artículo 83 LDCV. La saca foral

1. Cuando el bien raíz se enajene sin previo llamamiento, cualquier tronquero de los enumerados en el artículo 72.2 podrá ejercitar la acción de saca foral, solicitando la anulación de la enajenación y que se le adjudique la finca por su justa valoración. Deberá ejercitar este derecho en juicio declarativo, promovido contra el enajenante, el adquirente, y cualesquiera otros titulares de derechos posteriores a dicha enajenación según el Registro de la Propiedad, dentro del plazo de tres meses contados desde que tuvo conocimiento de la enajenación y en todo caso, desde la inscripción de la enajenación en el Registro de la Propiedad.

2. El mismo derecho corresponderá al tronquero habiéndose dado los llamamientos forales, si se enajenara en circunstancias o condiciones distintas a las anunciadas.

3. La sentencia que estime la acción de saca anulará la venta, ordenando que una nueva enajenación se realice a favor del demandante y fijando el precio que debe satisfacer éste y que será fijado en el juicio en forma contradictoria.

4. Si, siendo firme la sentencia, el demandante ejercita la acción para su ejecución, deberá consignar en el juzgado el precio en que se valore la raíz, sobre el cual tendrá el comprador preferencia respecto de cualquier otro acreedor del vendedor para reintegrarse del precio de su compra con sus intereses. Si existieran en el Registro de la Propiedad cargas posteriores a la inscripción dominical que se anule y que deban ser canceladas en cumplimiento de la sentencia, el precio consignado quedará en primer término a disposición de los acreedores posteriores. Esta circunstancia deberá ser recogida en la resolución judicial.

5. La ejecución debe pedirla el tronquero demandante en el plazo de tres meses desde la firmeza de la sentencia, transcurrido el cual quedará convalidada la venta que se impugnó. Al acordar la ejecución, deberá el juez decidir el destino de la cantidad consignada.

Artículo 85 LDCV. Ejercicio de los derechos de adquisición preferente en los casos de permuta

1. Lo dispuesto en esta subsección se aplicará en los casos de permuta si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que se permute o subrogue un bien troncal por bienes no troncales o que, siéndolo, estén excluidos del derecho de adquisición preferente.
- b) Que el valor del bien que se recibe sea inferior en un tercio al valor del bien troncal que se entrega a cambio.

2. Cuando el bien troncal se enajene por su titular para lograr una renta vitalicia o alimentos, quien ejercite este derecho deberá garantizar, como mínimo, el pago de la pensión o asistencia durante la vida del enajenante y de su cónyuge o persona con quien conviva.

Casos prácticos Seminario 2-3-2022

1. ¿Cuáles son los supuestos y requisitos para poder hacer constar en la inscripción de una hipoteca constituida sobre una finca en que existe obra nueva en construcción un tipo para subasta actual y otro para el supuesto de finalización de la obra?

Toda escritura de constitución de préstamo hipotecario o pacto posterior relativo a la ejecución directa de los bienes sobre los que recae la garantía, precisa la incorporación del certificado de tasación de la finca a que se refiere el artículo 682.2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como requisito de la escritura de constitución de hipoteca para la ejecución directa y dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca que supone que el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolla sobre la base de los pronunciamientos registrales, el tipo para subasta no sólo se hará constar en la escritura de constitución de hipoteca sino también en la propia inscripción causada por ésta (artículo 130 de la Ley Hipotecaria). En el mismo sentido se modifica el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, respecto del que la Ley 5/2019 introduce la modificación relativa a que el valor señalado para que sirva de tipo en la subasta no puede ser inferior al resultante del certificado de tasación y que, en todo caso, ha de ser el mismo que el señalado para el procedimiento de ejecución directa, el cual, correlativamente, no puede ser inferior al 100% del valor de tasación del certificado emitido con arreglo a las exigencias anteriormente citadas.

La cuestión que se plantea en relación con la fijación respecto de las obras nuevas en construcción, y a efectos de tasación, de un valor hipotético para el caso de finalización de obra, contenido en el certificado

de tasación incorporado a la escritura, debe resolverse conforme a la doctrina del Centro Directivo sentada en Resolución de 4 de junio de 2014, según la cual dicha valoración ni siquiera puede admitirse como valor de tasación sujeto al elemento accidental de condición consistente en la finalización de la obra, pues no especifica qué debe considerarse por «edificación finalizada»,

Al propio tiempo, el artículo 45.1 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, diferencia, en relación con los inmuebles en construcción, entre valor de tasación de los mismos y valoración para la hipótesis de edificio terminado, en cuanto que dispone en su apartado a) que «el valor de tasación será el valor de reemplazamiento neto; no obstante, si las obras estuvieran paralizadas y no se prevé su reanudación a corto plazo, se tomará como valor de tasación el menor entre el valor de reemplazamiento y el residual del terreno y de la edificación realizada», mientras que en el apartado b) se establece que «la valoración –que no el valor de tasación– de los inmuebles en proyecto, construcción o rehabilitación para la hipótesis de edificio terminado se realizará, para la fecha prevista de terminación de las obras, siguiendo las reglas previstas en las letras a), b), c) siguientes».

Por último, debe tenerse en cuenta que el valor de tasación para el caso de finalizarse la obra fijado como hipotético en la certificación incorporada a la escritura de constitución de la hipoteca está sujeto a la limitación temporal impuesta en el artículo 62 de la citada Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, cuyo apartado 4 prevé que «los informes y certificados caducarán, necesariamente, a los seis meses contados desde la fecha en que haya sido emitido el informe», de modo que, de prolongarse las obras para cuyo desarrollo se concede el préstamo más allá de dicho plazo, el precio de tasación fijado para la ejecución de la hipoteca carecerá sobrevenidamente del debido soporte en certificación pericial idónea, quedando de este modo incumplido el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

—por remisión a la disposición final séptima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, al artículo 8 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, al artículo 3 del Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, y todos ellos, al fin, al referido artículo 62 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo—.

En suma, la valoración de la obra terminada no es más que una hipótesis sujeta a concreción que no puede pretender el amparo de los pronunciamientos registrales, pues dicha valoración es distinta de lo que se define en la norma aplicable como valor de tasación a efectos de subasta.

De este modo, y para salvaguardar los intereses en juego, lo más idóneo es entender que sea la última tasación por realizar, y que habrá de quedar incorporada bien al acta de terminación de obra bien al acta de entrega final que en su caso se estipule, la que, en ese momento ulterior, deba considerarse para la fijación definitiva del tipo para la subasta, rigiendo hasta aquel momento la fijada en la certificación como actual, que necesariamente deberá aportarse o el único valor que se haya señalado en el certificado, aunque éste se corresponda desde la constitución de la hipoteca con el señalado como valor al tiempo de la terminación de la obra, pues nada impide la determinación de un tipo superior al 100% del valor de tasación actual, como permite la resolución de la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de mayo de 2019.

En tal sentido se pronuncian las Resoluciones de esta Dirección General de 4 de junio de 2014 y 22 de abril de 2015 contrario a las valoraciones sujetas a condiciones suspensivas señalaba que la normativa de referencia establece, a efectos ejecutivos, la necesidad de fijación de un único valor de tasación en la escritura de constitución de hipoteca, sin que pueda admitirse que el mismo quede sujeto al elemento accidental de la condición consistente en la finalización de la obra.

Artículo 682. Ley de Enjuiciamiento Civil. Ámbito del presente capítulo

1. Las normas del presente Capítulo sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda.

2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes:

1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

2.º Que, en la misma escritura, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. También podrá fijarse, además, una dirección electrónica a los efectos de recibir las correspondientes notificaciones electrónicas, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 660.

En la hipoteca sobre establecimientos mercantiles se tendrá necesariamente por domicilio el local en que estuviere instalado el establecimiento que se hipoteca.

3. El Registrador hará constar en la inscripción de la hipoteca las circunstancias a que se refiere el apartado anterior.

Artículo 129.2.a Ley Hipotecaria

2. La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes:

a) El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo.

Artículo 9. Valor de tasación condicionado

Salvo lo previsto en el artículo 14, para que el valor de tasación calculado de acuerdo con la presente Orden pueda ser utilizado para alguna de las finalidades señaladas en su artículo 2 (Ámbito de aplicación) ha de ser expresado sin sujeción a ningún condicionante.

Artículo 14. Subsanación y levantamiento del condicionante

1. No obstante lo indicado en el artículo 9, los informes y certificados que contengan condicionantes podrán utilizarse siempre que se hayan levantado conforme a lo previsto en el apartado 2 y, además, a efectos de la finalidad prevista en el artículo 2.a) podrán utilizarse los informes y certificados que contengan:

- El condicionante mencionado en la letra b) del artículo 10.1, si previamente a la formalización de la hipoteca se hubiera transmitido la propiedad del inmueble libre de inquilinos y ocupantes.
- Los condicionantes mencionados en las letras a), por lo que se refiere a la comprobación del régimen de protección pública de la vivienda a valorar, y c) del artículo 10.1, si previamente a la formalización de la hipoteca, se incorporase al expediente del correspondiente crédito, bajo la responsabilidad de la entidad de crédito que lo conceda, la documentación, procedente de las autoridades administrativas competentes o del Registro de la Propiedad correspondiente, que refleje el régimen legal del inmueble (existencia o inexistencia de protección pública, concreción del valor máximo legal), unida a una declaración suscrita por apoderado bastante de la entidad en la que manifieste la identidad de los inmuebles a que se refiere la citada documentación y los contemplados en la tasación.
- Adicionalmente, y a efectos de la finalidad prevista en el artículo 2.b) podrán utilizarse los informes y certificados que contengan el condicionante mencionado en la letra b) del artículo 10.1, en el caso de contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1995 en los que no se cuente con su original, cuando la entidad gestora o SII pueda acreditar, ante la sociedad de tasación, la totalidad de las condiciones actuales del arrendamiento y la no posesión del contrato original.

2. La entidad tasadora podrá levantar el condicionante de un informe de tasación y del certificado en que aquél se sintetice cuando haya desaparecido el supuesto

que dio origen al mismo. El levantamiento del condicionante exigirá la declaración expresa y razonada de la entidad que suscribió el informe que lo contenía en la que se manifieste que se ha verificado la desaparición del supuesto que dio origen al mismo.

Artículo 10

1. A los efectos de esta Orden se considerará que existe un condicionante en los siguientes supuestos:

a) Cuando no se hayan podido realizar las comprobaciones a que se refiere el artículo 7.2 (Comprobaciones mínimas), salvo en el caso de la prevista en la letra d) de dicho apartado, que sólo constituirá un condicionante cuando afecte a edificios completos o locales comerciales.

Artículo 7. Comprobaciones mínimas

1. Para determinar el valor de tasación se realizarán las comprobaciones necesarias para conocer las características y situación real del objeto de la valoración, y se utilizará el contenido de la documentación señalada en el artículo 8 de esta Orden.

2. Entre las comprobaciones a que se refiere el apartado anterior, se incluirán al menos las siguientes:

- a) La identificación física del inmueble, mediante su localización e inspección ocular por parte de un técnico competente, comprobando si su superficie y demás características coinciden con la descripción que conste en la documentación utilizada para realizar la tasación, así como de la existencia de servidumbres visibles y de su estado de construcción o conservación aparente.
- b) El estado de ocupación del inmueble y uso o explotación al que se destine.
- c) En el caso de viviendas, el régimen de protección pública.
- d) El régimen de protección del patrimonio arquitectónico.
- e) La adecuación del inmueble al planeamiento urbanístico vigente, y, en su caso, la existencia del derecho al aprovechamiento urbanístico que se valore.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de abril de 2015

<https://www.boe.es/boe/dias/2015/06/01/pdfs/BOE-A-2015-6071.pdf>

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 2017

<https://www.boe.es/boe/dias/2017/07/06/pdfs/BOE-A-2017-7863.pdf>

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de mayo de 2019

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/06/01/pdfs/BOE-A-2019-8189.pdf>

2. ¿Cuál es el carácter de derecho hereditario de una cuota indivisa adquirido por los coherederos por compra a uno de ellos, según el régimen económico matrimonial de los adquirentes? Siendo el derecho hereditario así adquirido de carácter ganancial o sujeto a comunicación foral, ¿será necesaria la intervención de los cónyuges para la aceptación o renuncia y la eficacia de la partición?

Un heredero vende a otros ocho su derecho hereditario, por octavas partes indivisas. Entre los adquirentes hay uno de ellos casado en régimen de gananciales que concurre con su cónyuge, adquiriéndose la cuota indivisa del derecho con carácter privativo por confesión. Otro de los adquirentes se encuentra casado en el mismo régimen, pero concurre solo, por lo que la adquisición se inscribe como presuntivamente ganancial. Otros dos coherederos están casados en régimen de comunicación foral de bienes.

En la escritura pública de aceptación de herencia y partición intervienen como otorgantes sólo los herederos, sin cónyuge.

Según las resoluciones de la dirección general de los registros y del notariado de 26 de enero y 4 de julio de 2018, el artículo 399 del Código Civil permite al condeño o al coheredero **enajenar, ceder y gravar** e incluso sustituir a otro en el aprovechamiento de su derecho, salvo que se tratare de derechos personales.

Hay que distinguir entre **la naturaleza del derecho hereditario antes de haber sido aceptada la herencia** (derecho personalísimo que se atribuye al heredero para adquirirla mediante la aceptación); y **después de la aceptación** (derecho que corresponde a cada uno de los coherederos sobre la universalidad de los bienes y derechos de la herencia).

Según el 1000 CC, “*se entiende aceptada la herencia cuando un heredero vende, cede o dona su derecho a un extraño*”, por lo que hay que concluir que **la heredera que vendió su derecho aceptó con este acto la herencia**. En consecuencia, los otros coherederos que compraron se subrogaron en la posición de esa heredera, y **ahora en la partición de la herencia, su representación está subsumida en la comparecencia de los retrayentes** que se subrogaron en esos derechos.

En consecuencia, atendiendo a ese criterio, **los compradores de derecho hereditario adquieren un derecho hereditario ya aceptado y, por tanto, quedaron como herederos en cuanto a la participación adquirida, no procediendo ya la aceptación o renuncia**.

Así, y tal y como en efecto establece la resolución de 30 de junio de 2017, no procediendo ya la aceptación, sino sólo la partición, teniendo los herederos concurrentes derecho hereditario en parte privativo y en parte ganancial o sujeto al régimen de comunicación foral, por razón del denominado **desdoblamiento de la cuota**, supuesto que tiene lugar en las adquisiciones provenientes de liquidaciones de situaciones de proindivisión pues tales adquisiciones son desenvolvimientos naturales del derecho de cuota, en todos estos casos surge un **derecho de reembolso** a favor de

la sociedad de gananciales o de la derivada del régimen de comunicación foral si llega a consolidarse, de modo que **los bienes adjudicados en la partición tendrán carácter privativo/propio o ganancial/común en la proporción que corresponda por la titularidad de un noveno privativo y un octavo para la sociedad conyugal.**

Este criterio se fundamenta y apoya en la dicción y espíritu de los artículos 1346.4, 1347.4 y 1352 del Código Civil, por lo que el bien debe de inscribirse con carácter privativo, como solicita el comprador.

En cuanto a si es **necesaria la concurrencia a la partición de los cónyuges**, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sí **la exige en el caso de compraventa de derecho hereditario cuando a esa cuota, de acuerdo con lo expuesto, le corresponde quedar sujeta a la sociedad conyugal**, aunque no si se trata de derecho hereditario adquirido en ejercicio de derecho de retracto de coherederos, pues en este caso el derecho adquirido, al serlo por su carácter de coheredero, tendrá el mismo carácter privativo o propio que este último, siendo elemento determinante, por tanto, la causa de la adquisición.

Ello no obstante, la posición no es unánime, **considerándose por algunas voces que corresponderá la concurrencia a la partición solo al coheredero adquirente del derecho hereditario, por recaer en él el carácter de heredero como derecho personalísimo y, por tanto, la concurrencia a la partición, sin perjuicio de la sujeción de los bienes y derechos concretos adjudicados a la sociedad conyugal correspondiente.**

Art. 1346. del Código Civil

Son privativos de cada uno de los cónyuges:

- 1.º Los bienes, **animales** y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.
- 2.º Los que adquiriera después por título gratuito.

3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.

Artículo 1347. del Código Civil

Son bienes gananciales:

1.º Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.

2.º Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.

3.º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

4.º Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.

5.º Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354.

Artículo 1352. del Código Civil

Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo, lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir.

Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho.

Artículo 135. Ley de Derecho Civil Vasco. Actos de disposición de bienes

1. En la comunicación foral, los actos de disposición de bienes requerirán el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno de los cónyuges se negara a otorgarlo, podrá el juez autorizar la disposición si lo considera de interés para la familia. 2. No obstante, cualquiera de los cónyuges podrá, por sí solo, disponer del dinero, cuotas, aportaciones cooperativas o partes representativas de la participación en sociedades, activos financieros o de los valores mobiliarios de los que sea titular. 3. De igual forma, el cónyuge a cuyo favor se hubiese hecho la confesión de privatividad por el otro cónyuge, conforme a lo establecido en la legislación civil general, una vez

inscrita dicha confesión en el Registro de la Propiedad, podrá disponer del citado bien en los términos establecidos en la legislación hipotecaria vigente en el momento de realizar el acto de disposición.

Artículo 133. Ley de Derecho Civil Vasco. Bienes ganados y bienes procedentes de uno de los cónyuges. Durante la vigencia de la comunicación foral, la distinción entre bienes ganados y bienes procedentes de uno de los cónyuges se ajustará a las normas de la legislación civil general sobre bienes gananciales y privativos.

Artículo 139. Ley de Derecho Civil Vasco. Repudiación y aceptación de herencias. Durante la vigencia de la comunicación foral, el cónyuge llamado a una herencia no podrá repudiarla sin el consentimiento del otro. A falta de acuerdo, se entenderá aceptada a beneficio de inventario.

Artículo 1375. Código Civil

En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.

Artículo 1376. Código Civil

Cuando en la realización de actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello, podrá el Juez suplirlo si encontrare fundada la petición

Artículo 1377. Código Civil

Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges.

Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes.

Artículo 93. Reglamento Hipotecario

1. Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas.

En la misma forma se inscribirán los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.

2. Para la inscripción de los actos de administración o de disposición, a título oneroso, de estos bienes será preciso que se hayan realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria.

3. Los actos de disposición a título gratuito de estos bienes se inscribirán cuando fueren realizados por ambos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos concurriendo el consentimiento del otro.

4. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno sólo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán, con esta indicación a nombre del cónyuge adquirente. Para la inscripción de los actos de disposición de estos bienes se estará a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo y para la de los actos enumerados en el apartado 2 del artículo siguiente, se estará a lo que en él se dispone.

Artículo 94. Reglamento Hipotecario

1. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial.

2. Serán inscribibles las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas, las declaraciones de obra nueva sobre ellas, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos realizados por sí solo por el titular registral.

3. Para la inscripción de los actos de disposición a título oneroso de los bienes inscritos conforme al apartado 1 de este artículo, será necesario que hayan sido otorgados por el titular registral con el consentimiento de su consorte o, en su defecto, con autorización judicial.

4. Los actos a título gratuito se registrarán por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de enero de 2018

<https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/26/pdfs/BOE-A-2018-1012.pdf>

RDGRN de 4 de julio de 2018

<https://www.boe.es/boe/dias/2018/07/19/pdfs/BOE-A-2018-10158.pdf>

RDGRN de 30 de junio de 2017

<https://www.boe.es/boe/dias/2017/07/25/pdfs/BOE-A-2017-8809.pdf>

3. ¿Qué calificación procede en el caso de aplicación de ius transmissionis habiendo intervenido viudo de transmitente y adjudicándosele el usufructo sobre la cuota transmitida?

Atendiendo a la resolución del DGRN de 11 de abril de 2019, revocada por la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencia de 22 de marzo de 2021, cuando en la escritura de partición se hace adjudicación al cónyuge viudo de la cuota usufructuaria, ¿procede suspender por falta de causa e inscribir parcialmente? ¿se puede apreciar de oficio la existencia de una aceptación por los transmisarios y donación al viudo?

De la lectura de los indicados preceptos resulta que, atendiendo a la doctrina moderna sobre el ius transmissionis introducida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cónyuge viudo del transmitente no instituido como heredero sino como legitimario carece de derecho a la sucesión del causante, por lo que la adjudicación realizada a su favor carece de causa y, por tanto, adolece de vicio por falta de causa que impide su inscripción.

No se tratará de partición necesariamente nula a la vista del artículo 1081 del Código Civil, en tanto no se tenga al cónyuge como heredero sino como legitimario, pero no podrá inscribirse la adjudicación a su favor en virtud de la escritura pública presentada si no se hace expresión

de causa legal de la transmisión documentada, calificable de acuerdo con el artículo 18 de la ley Hipotecaria como presupuesto de eficacia del acto jurídico, y acreditando el cumplimiento de las obligaciones fiscales previstas en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, máxime cuando sí puede ser considerada ineficaz por nulidad del consentimiento si éste se prestó por error, aplicando los requisitos del artículo 1265 y 1266 del Código Civil, cuando el consentimiento de los herederos se ha formado sin tener conocimiento manifiesto de la inexistencia de derechos a la sucesión del cónyuge viudo del transmitente y **sin que pueda tampoco presumirse una voluntad de liberalidad dado que del artículo 633 del Código Civil, aún cuando no es exigida una fórmula sacramental, sí permite determinar claramente la necesidad de manifestación expresa de voluntad de donar del transmitente y voluntad de aceptar del adquirente.**

Sirva de fundamento a lo expuesto que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública mantiene el criterio moderno sobre el ius transmissionis, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 septiembre 2013, y la de la Sala 3ª de 5 junio 2018, considerando que los bienes del primer causante pasan directamente al trasmisario, cuando ejercita positivamente el ius delationis del transmitente, pero no como una doble transmisión, sino que sucede directamente al causante de la herencia y en otra sucesión distinta al transmitente.

Ha sido el TS quien, en la sentencia de 11 septiembre 2013, ha zanjado, en parte, la discusión, ya que ha hecho constar que “el dcho. de transmisión no supone una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis, el cual subsiste como tal y pasa del heredero transmitente al trasmisario. No hay una doble transmisión, sino un mero efecto transmisivo del derecho. o del poder de configuración jurídica, como presupuesto para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que “ex lege” que pasa de uno al otro, dentro a la

unidad de la herencia del causante, de forma que aceptando la herencia del transmitente y ejercitando el *ius delationis*, los herederos transmisarios suceden directamente a la causante de la herencia (así RRDG entre ellas 28 septiembre 2018 y 5 abril de 2019). Según estas RRSS “los transmisarios suceden al primer causante de forma directa y no mediante una doble transmisión “causante-transmitente-transmisarios”, aunque, la determinación de “quienes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes” viene determinado por la sucesión del transmitente y no por la sucesión del primer causante”.

Sin embargo, la doctrina del centro directivo añade que todo ello tiene lugar “pese a que, la legitimaria del transmitente es sólo una legataria de cuota usufructuaria, aún así, tiene, por exigencia legal, una cotitularidad en el activo hereditario líquido, que exige su intervención en la partición hereditaria”.

A este respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia citada hace constar que conforme al art 1006 c.c., el *ius delationis* de la primera causante se atribuye a sus herederos directos y al llamado por la ley, pero lo que se transmite según el art 1006 c.c. sólo puede ser un *ius delationis*, que se ejercita de manera directa, sin pasar por el transmitente, y sólo puede referirse al acto de aceptar o repudiar la herencia de la primera causante, pero no debería afectar a otras consecuencias, que podrían derivar en consecuencias que nos llevarían a una vulneración de la ley que regula el derecho sucesorio.

Como ha puesto de relieve las RRSS de la DG en RRSS 28 septiembre 2018 y 5 abril 2019, sin que supongan una ruptura con la STS 11 septiembre 2013, se limitan a explicar que el *ius delationis* no se divide en dos sucesiones, sino que debe entenderse, en la práctica, como que, una vez aceptada la herencia del primer causante, por el transmisario, éste pasa a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, por lo que cualquier operación relativa a la partición de herencia a la que esté

llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en la sucesión, y además se añadirán los que deben verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben contar no sólo los designados como herederos, sino también sus legitimarios. Por ello el llamado como heredero por el transmitente o por ley, está sujeto a las limitaciones legales o cargas en que consisten las legítimas. Por tanto, en la partición de herencia del primer causante es necesaria la intervención de la legitimaria del transmitente.

La Dirección General, aunque en un principio parece que sigue la doctrina del Tribunal Supremo (antes expuesta) en realidad la obvia, En la idea de que la viuda debe intervenir en la partición hereditaria al tener interés en ella por el contenido de la cuota viudal, aplicando la idea de la doble transmisión, al defender que los bienes del causante han pasado a la herencia del transmitente modificando la cuota viudal y pasando de éste al transmisario.

Según concluye el pronunciamiento judicial, la transmisión directa de la herencia de la causante al transmisario implica la innecesaria llamada a la partición de la herencia de la madre (causante), a la esposa de don CCC, dada su condición de legitimaria como usufructuaria de la cuota viudal, al concurrir con el padre de su esposo (artículo 837 del CC), ya que los bienes de la primera herencia no han entrado en la herencia del transmitente, o lo que es igual que los transmisarios heredan directamente, en virtud de derecho propio (Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo contencioso de 5 de junio de 2018), ya que el artículo 1006 del CC lo que regula es el derecho de transmisión del «ius delationis», por lo que el heredero solo hereda el “ius delationis” de la herencia de la primera causante si acepta la herencia de su causante.

Artículo 1006. Código Civil

Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía.

Artículo 1081. Código Civil

La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula.

Artículo 1265. Código Civil

Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Artículo 1266. Código Civil

Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

Artículo 633. Código Civil

Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 2019

Disposición 6452 del BOE núm. 103 de 2019

4. Practicada nota marginal de haberse apreciado la posible existencia de doble inmatriculación y posteriormente nota marginal reflejando la incomparencia de los citados en el expediente y conclusión del expediente, ¿a partir de qué fecha computan los plazos de caducidad de seis meses previstos por el artículo 209 de la Ley Hipotecaria?

Las notas caducarán a los seis meses de la fecha de la última practicada, plazo durante el cual podrá solicitarse anotación preventiva por interposición de demanda en procedimiento judicial correspondiente.

Artículo 209. de la Ley Hipotecaria

1. La subsanación de la doble o, en general, múltiple inmatriculación de una misma finca o parte de ella en folios registrales distintos tendrá lugar a través de expediente que se tramitará con sujeción a las reglas siguientes:

Tercera. Si el Registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en su propio archivo, incluido el examen de las representaciones gráficas de que disponga, y recabados los datos pertinentes del Catastro Inmobiliario, apreciara la coincidencia de las fincas y, en consecuencia, la posibilidad de doble inmatriculación, total o parcial, notificará tal circunstancia a los titulares de los derechos inscritos en cada una de las fincas registrales o a sus causahabientes, si fueren conocidos, en la forma prevenida en esta Ley, dejando constancia de ello mediante nota al margen de la última inscripción de dominio extendida en el folio de cada uno de los historiales coincidentes.

...

Séptima. Si alguno de los interesados no compareciese o, compareciendo, formulase oposición en cualquier fase de la tramitación, el Registrador dará por concluido el expediente, dejando constancia documental de dicho extremo y también por nota al margen de la última inscripción de dominio practicada en cada uno de los folios reales coincidentes.

En tal caso, el promotor del expediente podrá entablar demanda en juicio declarativo contra quienes no hubieran comparecido o hubiesen formulado oposición ante el Juez de primera instancia correspondiente al lugar en que radique la finca.

Fuera de los supuestos de oposición, frente a la denegación de la constatación de la doble inmatriculación por parte del Registrador podrán los interesados interponer los recursos previstos en esta Ley para la calificación negativa; quedando siempre a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble.

Octava. Las notas marginales de doble inmatriculación practicadas en los folios de las fincas afectadas caducarán a los seis meses de su fecha, salvo que dentro de dicho plazo se practique anotación preventiva, como consecuencia de la presentación en el Registro de la demanda interpuesta en el procedimiento judicial correspondiente.

En todos los casos, se aplicarán al asiento de presentación y, en su caso, a la anotación preventiva practicada las normas sobre prórroga o mantenimiento de vigencia prevenidas para el caso de interposición de recurso frente a la calificación del Registrador.

5. Varias dudas sobre supuestos de exigibilidad de manifestación sobre situación arrendaticia de la finca.

A. Venta de cuota indivisa de finca urbana arrendada en su totalidad.

El arrendatario gozará de los derechos de adquisición preferente previstos en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 31 de la misma pues, de otro modo, tal y como determina la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 18 de noviembre de 2020, de otro modo se defraudaría el derecho de adquisición preferente, excluyendo la posibilidad de acceso a la propiedad al arrendatario, toda vez que dicha exclusión no es una de las contempladas de forma expresa en el propio precepto.

Artículo 25. Derecho de adquisición preferente

1. En caso de venta de la vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en los apartados siguientes.

...

5. Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Cuando la vivienda vendida no estuviese arrendada, para que sea inscribible la adquisición, deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público

Artículo 31. Derecho de adquisición preferente

Lo dispuesto en el artículo 25 de la presente ley será de aplicación a los arrendamientos que regula este Título.

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 18 de junio de 2020

<https://www.boe.es/boe/dias/2020/08/03/pdfs/BOE-A-2020-9065.pdf>

B. Análisis de la colisión entre los derechos de adquisición preferente en los arrendamientos rústicos y la extinción de comunidad.

Según la legislación vigente, el retracto de comuneros excluye el de colindantes. Sin embargo, la Ley de Arrendamientos Rústicos establece como preferentes a los derechos concedidos al arrendatario en su artículo 22 únicamente el de colindantes cuando la superficie de cada una de las fincas colindantes no exceda de una hectárea, sin hacer referencia alguna a la preferencia del retracto de comuneros.

Es más, no sólo no concede preferencia, sino que establece el derecho de adquisición preferente en los supuestos de transmisión de parte indivisa, interpretándose por la Audiencia Provincial de Albacete de 19 de diciembre de 2016 que no habiéndose regulado expresamente la preferencia del retracto de comuneros como sí se hace con los colindantes en el ámbito del artículo 1523 del Código Civil, será preferente el arrendaticio.

Artículo 22.2. de la Ley de Arrendamientos Rústicos

En toda transmisión ínter vivos de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquéllas, el arrendatario que sea agricultor profesional o sea alguna de las

entidades a que se refiere el artículo 9.2, tendrá derecho de tanteo y retracto.

...

6. Los derechos establecidos en este artículo serán preferentes con respecto a cualquier otro de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo 1523 del Código Civil, que prevalecerá sobre éstos cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente.

Artículo 1522. Código Civil

El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos.

Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común.

Artículo 1523. Código Civil

También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea.

El derecho a que se refiere el párrafo anterior no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas.

Si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite.

Artículo 1524. Código Civil

No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días, contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta.

El retracto de comuneros excluye el de colindantes.

Casos prácticos Seminario 16-2-2022

1. ¿Es posible inscribir la adjudicación por extinción de comunidad contenida en una transacción judicial homologada judicialmente como resulta de un auto firme, cuando el auto se dicta en ejecución de sentencia dictada en procedimiento de extinción de condómino que no ha sido aportada y en que se ordena la venta en pública subasta del bien?

En el procedimiento judicial de extinción de condominio se dicta sentencia firme por la que, al no mediar acuerdo, se condena a la venta del bien en pública subasta. En el procedimiento de ejecución de dicha sentencia que tiene por objeto la celebración de la subasta, antes de que la misma tenga lugar, las partes llegan a un acuerdo y deciden adjudicar la finca a uno solo de ellos, acuerdo que es homologado judicialmente.

En cuanto a la congruencia de la resolución judicial con el procedimiento en que se dicta, sujeto a calificación de acuerdo con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, siendo el procedimiento de extinción de condominio y la resolución congruente con ello al poner fin a la situación de comunidad, la conclusión es que el hecho de que la decisión de admitir que la ejecución de sentencia tenga lugar por medio de acuerdo homologado de adjudicación a uno solo, y no se subasta, apartándose de la sentencia dictada en el procedimiento de origen es materia relativa al fondo de la decisión judicial, excluida, por tanto, de la calificación registral.

En segundo lugar, en relación al acuerdo homologado judicialmente como título inscribible, la doctrina de la Dirección General contenida,

entre otras, en la resolución de 2 de noviembre de 2017 y de 14 de noviembre de 2019 puede resumirse del siguiente modo:

1- La transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen termino al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1809 y 1816 del Código Civil.

2- La homologación o aprobación judicial del acuerdo, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción.

En base a estas consideraciones ha dicho la Resolución de 6 de septiembre de 2016 (para un supuesto similar al aquí estudiado) lo siguiente: (i) la transacción, aun homologada judicialmente, no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (artículo 1817 del Código Civil). (ii) El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el Juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Sin embargo, esta resolución ha sido anulada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Lugo, de fecha 17 de septiembre de 2020, que ha devenido firme, así como por sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de septiembre de 2018, en las que se determina que la aprobación de acuerdo homologado judicialmente en

ejecución de sentencia, aun cuando la sentencia del procedimiento de origen no ha sido aportada, **es en todo caso título inscribible, no siendo necesario el otorgamiento de escritura pública para que el acto sea inscribible.**

100 Reglamento Hipotecario

La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de noviembre de 2017

<https://www.boe.es/boe/dias/2017/11/29/pdfs/BOE-A-2017-13877.pdf>

Resolución de 14 de noviembre de 2019

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/12/03/pdfs/BOE-A-2019-17390.pdf>

Sentencia del JPI número 1 de Lugo de 17 de septiembre de 2020

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7404

2. Derecho real de hipoteca constituido sobre vivienda habitual, en la que comparece el titular registral, titular con carácter privativo, casado, por sí y en representación de su mujer, en virtud de poder. Los prestatarios son los dos cónyuges. La reseña del acta sólo se refiere al prestatario, sin indicar nada del poder. ¿Consideráis cumplido el principio de transparencia material?

Para acreditar el cumplimiento del principio de transparencia material en los términos de los artículos 14 y 15 de la Ley 5/2019, 15 de marzo de Contratos de Crédito Inmobiliario cuando de la reseña del acta previa impuesta por los mismos resulta que al otorgamiento de la misma han concurrido todos los sujetos a que la legislación confiere protección, es decir, que de manera expresa deberá identificarse el o los sujetos concurrentes, a quienes ha sido debidamente prestada la información y asesoramiento y que han manifestado la conformidad con el mismo.

Así, según resulta de resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 23 de enero de 2020, el registrador debe calificar la existencia de la reseña de dicha acta (con el contenido expresamente establecido en la ley –número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización–), así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario, y también el hipotecante no deudor persona física en caso de existir, han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la ley. Ciertamente, como afirma el notario recurrente, el apartado 7 del citado artículo 15 se refiere únicamente al «prestatario», pero frente a la interpretación únicamente literal de esta norma debe prevalecer la interpretación lógica, sistemática y finalista de la misma para incluir en la preceptiva reseña la indicación de que también se ha cumplido el principio de transparencia material respecto del hipotecante no deudor.

Así, aunque en este supuesto no se trata de omisión de hipotecante no deudor, sino referencia a un prestatario y no a una pluralidad de ellos, la ratio decidendi es igualmente aplicable, pues la síntesis de la doctrina expuesta es que **la referencia al prestatario no puede concebirse como una referencia genérica de modo que, una vez realizada en tales términos literales, deba presumirse que comprende la intervención en el otorgamiento del acta de todos aquellos sujetos que deban concurrir para tener por cumplido el principio de transparencia objeto del presente análisis.**

Artículo 1. Ley Contratos de Crédito Inmobiliario

Esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir.

Artículo 2. Ley Contratos de Crédito Inmobiliario

1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.

b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

Artículo 14 Ley Contratos de Crédito Inmobiliario. Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios.

1. El prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación míni-

ma de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación:

a) La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), contenida en el Anexo I de esta Ley, que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá de ser de diez días.

b) Una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable, a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera.

c) En caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, de un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.

d) Una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato.

e) Información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario. Los siguientes gastos se distribuirán del siguiente modo:

i. Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestión al prestamista.

ii. El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite.

iii Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.

iv. El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable.

No obstante, lo dispuesto en los párrafos anteriores, si durante el periodo de duración del préstamo se produjesen una o varias subrogaciones de acuerdo con la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, el prestamista subrogado deberá ser reintegrado por el prestamista subrogante en la parte proporcional del impuesto y los gastos que le correspondieron en el momento de la constitución del préstamo al subrogado conforme a los apartados anteriores.

Para calcular el importe que corresponde como compensación, se aplicarán las siguientes reglas:

i) En el caso del impuesto pagado por la cuota de actos jurídicos documentados, documentos notariales, se deberá efectuar la liquidación del impuesto que correspondería a una base imponible integrada por la cantidad total garantizada entendiéndose por tal la constituida por el importe del préstamo pendiente de amortización en la fecha de la subrogación y los correspondientes intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento y otros conceptos análogos, que se hubieran establecido. La entidad subrogante deberá reintegrar a la subrogada el importe resultante de dicha liquidación.

ii) En el caso del resto de gastos, se deberá prorratear la liquidación de dichos gastos entre la suma del importe del préstamo y los correspondientes intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento y otros conceptos análogos, que se hubieran establecido. La entidad subrogante deberá reintegrar a la subrogada la parte de dicha suma que corresponda al préstamo pendiente de amortización.

f) Cuando el prestamista, intermediario de crédito o su representante, en su caso, requiera al prestatario la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños respecto del inmueble objeto de hipoteca y del resto de seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario, deberá entregar al prestatario por escrito las condiciones de las garantías del seguro que exige.

g) Cuando esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública, la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado.

Esta documentación junto a la manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido, deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente. La remisión de la documentación se realizará por me-

dios telemáticos seguros cuyas especificaciones se determinarán reglamentariamente, que deberán cumplir las siguientes exigencias mínimas: el sistema deberá permitir al Notario una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron a la aplicación, para su puesta a disposición del mismo Notario, los citados documentos firmados por el prestatario; deberá garantizar que no se ocasione ningún coste, directo o indirecto, para el cliente; y deberá quedar organizado de modo que el cliente pueda dirigirse a cualquier notario de su libre elección para que éste, con carácter previo a la firma del préstamo, extraiga la documentación para preparar y autorizar el acta y la escritura, siendo debidamente informado del derecho de elección que tiene y puede ejercitar por este medio.

2. Además de lo dispuesto en el apartado anterior, el prestamista suministrará al prestatario toda la información que fuera necesaria. En particular, el prestamista responderá a las consultas que le formule el prestatario acerca del contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados. Las explicaciones deberán contener ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y, en su caso, de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros que se vayan a suscribir con ocasión del préstamo.

3. Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.

4. Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

5. Sin perjuicio de la libertad contractual, podrán ser aplicados por los prestamistas los índices o tipos de interés de referencia que publique el Ministerio de Economía y Empresa por sí o a través del Banco de España, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

6. Las empresas prestamistas deberán tener a disposición de las personas prestatarias los formularios de las condiciones generales de la contratación que utilicen, conforme a lo establecido en el artículo 7.

Artículo 15. Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario

Artículo 15. Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material

1. Sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista, el intermediario de crédito o su representante, en su caso, deben facilitar al prestatario, durante el plazo previsto en el artículo 14.1, el prestatario habrá de comparecer ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento descrito en los siguientes apartados.

2. El notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1. En caso de que quede acreditado su cumplimiento hará constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario:

a) El cumplimiento de los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el artículo 14.1.

b) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario.

c) En todo caso, el notario deberá informar individualizadamente haciéndolo constar en el acta, que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica. Igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.

3. El prestatario, o quien le represente a estos efectos, deberá comparecer ante el notario, para que este pueda extender el acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo.

4. La obligación de comparecencia y las normas de protección al prestatario previstas en la presente Ley se extenderán a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo.

5. Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 14.1. o si no se compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3, el notario expresará en el acta esta circunstancia. En este caso, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo.

6. Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.

7. En la escritura pública del préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores.

En dicha reseña se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo.

8. El acta donde conste la entrega y asesoramiento imparcial al prestatario no generará coste arancelario alguno.

9. La actuación notarial regulada en este artículo en ningún caso eximirá al prestatario de dar al prestatario las oportunas explicaciones y aclaraciones sobre los efectos y cargas derivadas del préstamo, conforme a lo previsto en el artículo 14.2.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de enero de 2020

<https://www.boe.es/boe/dias/2020/06/18/pdfs/BOE-A-2020-6382.pdf>

2. Disolución de condominio y comunicación foral: El artículo 135 de la Ley 5/2015 de 25 de junio de derecho civil vasco exige el consentimiento de ambos cónyuges para la disposición de bienes (incluso los privativos). Perteneciendo una cuota indivisa de un bien a uno de los cónyuges con carácter privativo ¿se exigirá en todo caso el consentimiento del otro cónyuge para la disolución del condominio; o no se exigirá en ningún caso; o solo cuando el bien se adjudique a otro comunero, pero no si se le adjudica a el cónyuge cotitular?

Durante la vigencia del matrimonio sujeto a régimen de comunicación foral de bienes regulado en la Ley de Derecho Civil Vasco, la determinación del carácter de los bienes se ajustará a lo establecido en el Código Civil sobre sociedad de gananciales.

Siendo la titularidad de una cuota de un bien propia de uno solo de los cónyuges, la respuesta a la consulta planteada exige analizar si la extinción de condominio tiene naturaleza dispositiva o no, pues ello determinará si es preciso el consentimiento del cónyuge para la eficaz extinción del condominio, tal y como exige el citado artículo 135 de la Ley de Derecho Civil Vasco.

Sobre esta cuestión, la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 16 de diciembre de 2021 establece que “debe tenerse en cuenta también, sin necesidad de detenerse en la cuestión de la naturaleza jurídica de la extinción de comunidad, que se considera mayoritariamente que se trata de un negocio de naturaleza especificativa y no traslativa. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007, afirma lo siguiente: «Esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la

propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio Código (...) Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia (...)» (advíertase que, a la extinción de comunidad se aplican las reglas de la partición de la herencia –cfr. artículo 406 del Código Civil–). Se excluyen así, entre otras, las teorías que vendrían a equiparar la partición a un conjunto de permutas entre los coherederos o condueños, que sólo serían traslativas en la parte que no correspondía al adjudicatario por su cuota previa.

Como ha puesto de relieve el Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 19 de mayo de 2011, 1 de julio de 2016 y 5 de marzo de 2020), en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (véase Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, según la cual debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial)”.

Y en relación a la necesidad de concurrencia de consentimiento de cónyuge cuando la norma aplicable al régimen económico matrimonial lo exige para la realización de actos dispositivos, la resolución del Centro Directivo de 5 de abril de 2020 establece, tratándose de participación de carácter presuntivamente ganancial, la necesidad de consentimiento del cónyuge del titular para la eficacia de la extinción del condominio, entendiendo que se trata de uno de los actos para los que las reglas del régimen de sociedad de gananciales hace exigible el consentimiento de ambos cónyuges.

Así, dado que la duda para determinar si el artículo 135 de la Ley de Derecho Civil vasco es o no aplicable a los supuestos de extinción de

dominio cuando la cuota corresponde a uno solo de los cónyuges se resuelve en atención al carácter o naturaleza jurídica de dicha extinción, si puede entenderse como acto de disposición y, por tanto, exigir el consentimiento del cónyuge aunque se trate de bien propio, parece íntegramente aplicable el razonamiento jurídico manifestado en esta última resolución citada, por lo que, **cualquiera que sea el adjudicatario del bien objeto de comunidad, la extinción de comunidad es un acto jurídico para el que la persona casada en régimen de comunicación foral de bienes necesitaría siempre la concurrencia del consentimiento de su cónyuge.**

De dicha resolución resulta que “respecto de la naturaleza jurídica de la extinción de comunidad, hay un sector doctrinal que defiende el carácter meramente especificativo de derechos de tal acto, por lo que, al no implicar un título de transferencia inmobiliaria, no es título público inmatriculable la división de la cosa común (pues afirma que la característica esencial del título público de adquisición es contener un acto de adquisición derivativa). Por otra parte, otro sector doctrinal defiende el carácter traslativo de la disolución. Esta Dirección General ha abordado esta cuestión (vid., por todas, las Resoluciones de 1 de julio de 2016, 25 de julio de 2017 y 19 y 27 de julio de 2018, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente). Y, desde el punto de vista de la capacidad, cuando existen menores o incapacitados implicados en la disolución de comunidad, este Centro exigió la autorización judicial, propia de los actos de disposición de bienes inmuebles, en aquellos casos en que, habiendo varias cosas en comunidad, se rompe la regla de posible igualdad del artículo 1061 del Código Civil. Pero no se consideran sujetos a autorización los actos de adjudicación de la única finca común, aunque se compense en efectivo al menor (cfr. Resolución de 2 de enero de 2004), o tampoco cuando, siendo varias cosas, se forman lotes iguales (cfr. Resoluciones de 6 de abril de 1962 y 28 de junio de 2007). También la jurisprudencia ha

abordado el tema de la naturaleza jurídica de la división de la cosa común y la partición de herencia. Frente a las teorías que afirman o niegan rotundamente su carácter traslativo, prevalece en nuestra jurisprudencia una consideración intermedia de la partición. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007 expresa lo siguiente: «esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio código (...) Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia (...)». Se excluyen así, entre otras, las teorías que vendrían a equiparar la partición a un conjunto de permutas entre los coherederos o condueños, que sólo serían traslativas en la parte que no correspondía al adjudicatario por su cuota previa. Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 recuerda que la doctrina entiende que el acto divisorio es un acto con efecto extintivo de la situación jurídica anterior, la de la comunidad; y al mismo tiempo tiene un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes. En realidad, lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (según la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), que lo justifica como título inmatriculador e incide claramente en los aspectos relativos a la capacidad para realizar o formalizar este acto

divisorio. Debe tenerse en cuenta que la extinción de comunidad excede del ámbito de los títulos meramente declarativos o los que recojan una mera modificación física de la finca, como declaraciones de obra nueva, división horizontal sin disolución de comunidad, división material, agrupación o segregación y, por tanto, no resulta aplicable la norma del apartado 2 artículo 94 del Reglamento Hipotecario, sino la del apartado 3 del mismo precepto, que exige el consentimiento del consorte o, en su defecto, autorización judicial”.

Artículo 133. de la Ley de Derecho Civil Vasco. Bienes ganados y bienes procedentes de uno de los cónyuges

Durante la vigencia de la comunicación foral, la distinción entre bienes ganados y bienes procedentes de uno de los cónyuges se ajustará a las normas de la legislación civil general sobre bienes gananciales y privativos.

Artículo 135. Ley de Derecho Civil Vasco. Actos de disposición de bienes

1. En la comunicación foral, los actos de disposición de bienes requerirán el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno de los cónyuges se negara a otorgarlo, podrá el juez autorizar la disposición si lo considera de interés para la familia. 2. No obstante, cualquiera de los cónyuges podrá, por sí solo, disponer del dinero, cuotas, aportaciones cooperativas o partes representativas de la participación en sociedades, activos financieros o de los valores mobiliarios de los que sea titular. 3. De igual forma, el cónyuge a cuyo favor se hubiese hecho la confesión de privatividad por el otro cónyuge, conforme a lo establecido en la legislación civil general, una vez inscrita dicha confesión en el Registro de la Propiedad, podrá disponer del citado bien en los términos establecidos en la legislación hipotecaria vigente en el momento de realizar el acto de disposición.

Resolución de 16 de diciembre de 2021

<https://www.boe.es/boe/dias/2021/12/29/pdfs/BOE-A-2021-21752.pdf>

Resolución 5 de abril de 2020

<https://www.boe.es/boe/dias/2020/07/30/pdfs/BOE-A-2020-8794.pdf>

3. Interpretación de los artículos 10.3 b) y 17.6 de la Ley de Propiedad Horizontal en cuanto a la segregación de pisos y locales y su aplicación a la desvinculación de anejos. ¿Qué mayorías son necesarias para dicha desvinculación?

De los citados artículos resulta que para la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes será necesaria la aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

La cuestión relevante es determinar el supuesto al que son aplicables dichas mayorías, es decir, la delimitación de la referencia a los actos de división material de los pisos o locales y sus anejos, sin comprender o no los actos de desvinculación. Así, son dos las opciones:

A. La contemplada por la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, según la cual la segregación o división de los pisos o locales y sus anejos, así como la agregación de otras dependencias colindantes del mismo edificio en régimen de división horizontal, es un concepto atinente a la configuración física de los elementos independientes. La regla general es que para llevar a cabo una división material de tales elementos se requiere el acuerdo de la Junta de Propietarios, adoptado por unanimidad, en cuanto afecta al título constitutivo (artículos 8 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal). Sólo excepcionalmente ha admitido este Centro Directivo la segregación o división material de elementos independientes o sus anejos, sin necesidad de autorización de la Junta, cuando la facultad de segregar y dividir se ha atribuido anticipadamente mediante previsión al efecto en los Estatutos.

Por el contrario, la desvinculación de los anejos respecto de los elementos independientes a que están vinculados «ob rem», hace referencia

a un cambio de régimen jurídico, más que a una modificación física de la configuración de la finca. Y tiene una mayor trascendencia que la mera segregación o división material, en la medida que va a posibilitar la disposición de las plazas de garaje, hasta entonces vinculados a la propiedad de un piso o local, a favor de personas que no sean titulares de ningún elemento independiente en el edificio, lo cual tiene gran importancia en las comunidades de propietarios. En definitiva, no se pueden equiparar ni considerar jurídicamente términos sinónimos, la desvinculación y la segregación de elementos independientes en un edificio en régimen de propiedad horizontal.

Así, en casos de desvinculación autorizado por los Estatutos para ello, puede el titular desvincular el anejo sin intervención posterior de la Junta, pero no puede extenderse esta doctrina a supuestos en los que la previsión estatutaria no ha previsto expresamente la desvinculación y contempla tan sólo la segregación, división o agregación.

De este razonamiento resulta que, no existiendo previsión estatutaria expresa previendo la desvinculación de anejos y siendo necesario la adopción del preceptivo acuerdo de la junta de propietarios, el mismo no puede sujetarse a las normas contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal para la segregación o división.

Aunque en el artículo citado se hace referencia a la división material de los pisos o locales y sus anejos, esta referencia puede entenderse hecha a los actos en que existiendo un elemento privativo con anejo, y siendo el mismo objeto de división, evidentemente la misma llevará aparejada la inclusión del anejo como tal de alguno de los dos elementos resultantes de la división, razón por la que se entiende sujeto a la regulación conjuntamente con el elemento privativo a cuya titularidad está vinculado.

En tal caso, no entendida aplicable la mayoría establecida en el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, sería exigible la unanimidad

prevista en el artículo 17.6 de la misma ley, postura que queda reforzada por la resolución de 5 de julio de 2016, con la misma argumentación jurídica anteriormente expuesta.

B. La equiparación de la desvinculación a los actos de división material, considerando que al formar uno solo el elemento con su anejo, ha de recibir el mismo tratamiento si se divide materialmente el elemento privativo con mantenimiento de anejo vinculado a una de los elementos resultantes y el supuesto en que se separa jurídicamente el anejo del elemento al que se encontraba vinculado, en cuyo caso, quedará englobado en la norma contenida en el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, posición que, sin embargo, no ha sido admitida ni antes ni después de la derogación del artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal y la nueva redacción dada al artículo 10 en los términos reproducidos.

Artículo 10.3. Ley de Propiedad Horizontal

3. Requerirán autorización administrativa, en todo caso:

a) La constitución y modificación del complejo inmobiliario a que se refiere el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en sus mismos términos.

b) Cuando así se haya solicitado, previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte; la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética, o de las cosas comunes, cuando concurren los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

En estos supuestos deberá constar el consentimiento de los titulares afectados y corresponderá a la Junta de Propietarios, de común acuerdo con aquéllos, y por mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios, la determinación de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda. La fijación de las nuevas

cuotas de participación, así como la determinación de la naturaleza de las obras que se vayan a realizar, en caso de discrepancia sobre las mismas, requerirá la adopción del oportuno acuerdo de la Junta de Propietarios, por idéntica mayoría. A este respecto también podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la Ley.

Artículo 17.6. Ley de Propiedad Horizontal

Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 2007

<https://www.boe.es/boe/dias/2007/06/25/pdfs/A27282-27283.pdf>

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de julio de 2016

<https://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7819.pdf>

4. ¿Quién ostenta la representación legal del menor para el ejercicio de las facultades dispositivas cuando los progenitores los bienes donados al menor cuando el donante haya nombrado un administrador de los mismos? Si la ostenta el administrador ¿necesitará autorización judicial para la venta?

Cuando el donante ordena de manera expresa que la administración de los bienes donados a un menor corresponda a persona distinta de los padres que ejerzan la patria potestad, las facultades dispositivas serán desempeñadas por esta persona, en los estrictos términos establecidos por el disponente.

Así, siguiendo la interpretación que de los artículos 164 y 166 del Código Civil hace la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de abril de 1993 y 12 de julio de 2013, si nada hubiera establecido el disponente, el administrador queda sujeto a la necesaria autorización judicial para realizar actos dispositivos sobre dichos bienes.

Sin embargo, en aquellos supuestos en que el donante hubiera excluido específicamente la necesidad de autorización judicial, sí cabría, siguiendo el contenido de dicha resolución, la realización de actos dispositivos por el administrador sin que fuera exigible pronunciamiento judicial al respecto, al señalarse, para un caso de disposición en favor de descendiente legitimario que “el Código Civil establece normas imperativas para la disposición de bienes de menores (artículo 166 y concordantes del Código Civil). También la legítima es materia indisponible, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo, salvo los supuestos expresamente contemplados en la ley (artículos 820.2; 841, 1056.2, 823 todos ellos del Código Civil). Ambas regulaciones, interpretadas conjuntamente, han motivado una interpretación restrictiva del artículo 164

del Código Civil, que establece los casos en los que los bienes relictos quedan exceptuados de la administración paterna, incluyendo en primer lugar «1.º Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa». Añadiendo que «se cumplirá estrictamente la voluntad de este sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos». Lo que no cabe es que el régimen de administración dispuesto por el causante, que tenderá a ser amplio y dinámico, pueda incidir en la modificación de las reglas dispositivas de los bienes de menores, y en la prohibición de gravamen, cualitativo y cuantitativo, sobre la legítima de un menor.

Podría considerarse en aras al respeto de la voluntad del difunto, en la que se incluye su libertad para configurar como tuviera a bien su sucesión, que un heredero voluntario –no legitimario– menor de edad podría ser adjudicatario de bienes con sometimiento a un régimen de administración para el que prevea la exclusión de autorización judicial, como permite expresamente la legislación navarra y catalana (en la que, recordemos, no existe legítima material). Si el causante puede no dejar nada al heredero, también podrá dejarle bienes sujetos a administración especial”.

Artículo 164

Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria.

Se exceptúan de la administración paterna:

Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de este sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.

Artículo 166

Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de

acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de julio de 2013

<https://www.boe.es/boe/dias/2013/09/24/pdfs/BOE-A-2013-9911.pdf>

Casos prácticos Seminario 16-3-2022

1. **¿Existe derecho de adquisición preferente del arrendatario cuando el precio de la venta se satisface mediante compensación de deuda que el comprador reconoce haber contraído con el vendedor-arrendador? ¿Qué requisitos son exigibles para la admisión del reconocimiento de deuda como medio de pago?**

No proceden los derechos de adquisición preferente del arrendatario por no tratarse de un supuesto de compraventa en sentido estricto, ya que no puede subrogarse en el lugar del que adquiere. El precio que pudiera satisfacer el arrendatario no produciría la extinción de la deuda, como sí sucede en el acto documentado, por lo que, no habiendo identidad en las prestaciones, no concurren los requisitos necesarios para la existencia de los derechos previstos en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Sin embargo, en todo caso, será necesaria la adecuada identificación de la deuda que conforma el medio de pago, no mediante exhibición del título o documento del que resulte, pero sí mediante la consignación de todos los datos identificativos de la misma.

En palabras de la Dirección General de los Seguridad Jurídica y Fe Pública resultantes de la resolución de 10 de junio de 2020, al contrato de compraventa se refiere el Código Civil en los artículos 1445 y siguientes, disponiendo primero de ellos que «Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente». En consecuencia, en-

trega de la cosa, por un lado, y pago del precio, por otro, son los dos elementos esenciales de la compraventa.

Sin embargo, los artículos 1281, 1282 y 1283 del Código Civil establecen, como regla general, que lo decisivo para la interpretación de un contrato es la intención de los contratantes. Y según el artículo 1285 del mismo Código, deben interpretarse unas cláusulas por las otras de modo que prevalezca sobre las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. Por ello esta Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones (vid., por todas, las Resoluciones de 19 de junio de 1990, 25 de junio y 21 de noviembre de 2001, 24 de noviembre de 2004, 12 y 20 de septiembre de 2005, 27 de noviembre y 13 de diciembre de 2006, 3 de marzo de 2007, 18 de mayo de 2013, 11 de mayo de 2016 y 13 de julio de 2017), a la hora de calificar los documentos inscribibles el registrador habrá de tener en cuenta no sólo la simple y pura literalidad de los términos empleados, sino también la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzcan efecto (cfr. artículos 1281, 1284 y 1285 del Código Civil).

De ello resulta que, aunque se emplee el término venta, cuando el precio pactado para la misma se satisface mediante la compensación de deuda, de modo que se produce una extinción de la misma a cambio de la entrega de un bien, nos encontramos no ante una compraventa sino ante una dación en pago y respecto de la dación en pago, el Tribunal Supremo ha puesto de relieve que –como ya entendiera en sentencias 175/2014, de 9 de abril, y 715/2014, de 16 de diciembre– «la dación en pago supone un concierto de voluntades entre deudor y acreedor por el que éste consiente recibir, con carácter solutorio, un aliud pro alio (una

cosa por otra), con el efecto de extinguir la obligación originaria.

Se trata de un negocio complejo, pues participa de las características del pago o cumplimiento de una obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto que, con efectos solutorios, extingue la primitiva obligación (Sentencia 392/2018, de 21 de junio).

Así, según el centro directivo, la dación en pago no es más que «un contrato oneroso en el que existe cesión de una cosa a cambio de la extinción de una deuda» (vid. Resolución de 13 de septiembre de 2012). O dicho en términos más descriptivos y detallados, la dación en pago es un contrato por virtud del cual se transmiten al acreedor determinados bienes o derechos distintos de los debidos y que éste acepta voluntariamente como pago de su crédito (artículo 1166 del Código Civil), transmisión que en cuanto forma de pago puede realizar tanto el deudor como un tercero (cfr. artículo 1158 del mismo Código, y Resoluciones de 18 de enero de 1999 y 9, 10, 11 y 12 de julio y 10 de diciembre de 2007).

Se trata, por tanto, de una forma especial de pago por el que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, realiza con finalidad solutoria una prestación distinta de la debida (aliud pro alio) Y si bien no pueden ser identificados a todos los efectos ambos negocios jurídicos, pueden aplicarse a la dación en pago en vía de principios, con carácter general y sin perjuicio de ciertas excepciones como la certeza del precio, las normas propias de la compraventa (cfr., por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1994, 21 de octubre de 2005, 19 de octubre de 2006 y 1 de octubre de 2009). Como resulta de esta última sentencia, la *datio pro soluto* es un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de

que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, de manera que ese crédito actúa con igual función que el precio en la compraventa, a cuya regulación ha de acomodarse ante la falta de normas específicas que la regulen.

No obstante, aunque puedan aplicarse por analogía algunas de las normas de la compraventa, no por ello pueden ser identificados a todos los efectos ambos negocios jurídicos (cfr., por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005 y 19 de octubre de 2006). En concreto, a propósito de la procedencia o no de los derechos de adquisición preferente regulado en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, esta Dirección General en Resolución de 10 de diciembre de 2007 precisó lo siguiente: «b) Las normas que regulan el derecho de adquisición preferente del arrendatario en materia de arrendamientos urbanos han de ser objeto de interpretación estricta en cuanto limitan las facultades dispositivas inherentes al dominio de los bienes arrendados (vid. artículo 4 del Código Civil; y las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 febrero 1991, 8 de junio de 1995 y 27 de mayo de 2000; así como las Resoluciones de esta Dirección General de 5 septiembre 1991, 24 de julio de 1995 y 16 de octubre de 1999). El artículo 25.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece el derecho de adquisición preferente únicamente para el caso de venta de la vivienda arrendada, por lo que, al no extenderlo el legislador a supuestos distintos al de la venta (como, por el contrario, hace el artículo 22 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), no cabe aplicar dicha limitación legal del dominio.

Cuestión distinta es que, no obstante la literalidad de la norma del artículo 25.1 de la Ley, deba reconocerse al arrendatario el derecho de adquisición preferente en casos en que la adjudicación

en pago constituya un negocio simulado o se trate de un negocio indirecto con propósito de aparentar externamente una realidad jurídica distinta a la venta realmente perseguida por las partes. Pero la apreciación de tales circunstancias excede del ámbito de competencias del Registrador en el reducido marco del procedimiento registral.

En relación al reconocimiento de deuda, o la jurisprudencia y la doctrina del Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 9 de diciembre de 2014 y 2 de septiembre de 2016), el reconocimiento de deuda, aun cuando no aparece regulado especialmente, constituye en nuestro Derecho un negocio jurídico de fijación (en igual sentido, el artículo 1988 del Código Civil italiano) en el que, si bien no se produce una total abstracción de la causa (como en el Derecho alemán, parágrafo 781 del B.G.B.) se contiene la obligación del deudor de cumplir lo reconocido salvo que se oponga eficazmente al cumplimiento alegando y probando que la obligación a que se refiere es inexistente, nula, anulable o ineficaz por cualquier causa, lo que implica la inversión de la carga de la prueba. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo al establecer que «el reconocimiento contiene la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, le anuda el efecto material de obligar al cumplimiento por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de la dispensa de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente» (vid. Sentencias de 17 noviembre de 2006, 16 de abril de 2008 y 6 de marzo de 2009, entre otras).

Pero entre los efectos derivados del simple reconocimiento no figura el de operar por sí una novación extintiva o una alteración de la naturaleza de la obligación reconocida (de ahí que no suponga una alteración de su régimen de prescripción, antes, al contrario, interrumpe la prescripción de la obligación reconocida ex artículo 1973 del Código Civil), sino que el reconocimiento presenta como característica propia la de «operar sobre débito preexistente a cargo del que lo reconoce».

Ello enlaza, asimismo, con la doctrina legal (vid. Sentencia de 15 de febrero de 2002) de que en nuestro Derecho todo reconocimiento de deuda ha de ser causal, en el sentido de que ha de tener causa, porque, como regla general, no se admite el negocio abstracto. Ahora bien, puede ocurrir que la causa no esté indicada (o lo esté solamente de forma genérica) o que esté plenamente expresada: a la primera hipótesis le es de aplicación el artículo 1277 del Código Civil, por lo que se presume que la causa existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario –sin perjuicio de que esta presunción no opere en el ámbito registral (vid., por todas, la Resolución de 16 de enero de 2013)–, e igualmente le es aplicable la doctrina jurisprudencial que, en virtud de una abstracción procesal, dispensa de probar la causa al titular del derecho de crédito objeto de reconocimiento y se hace recaer la carga de la prueba sobre el obligado, como hemos visto; en la segunda hipótesis (es decir, cuando la causa está plenamente expresada) no es de aplicación la presunción del artículo 1277 del Código Civil, pues resulta innecesaria. A su vez, al ser la dación en pago una transmisión con finalidad solutoria de deudas propias o ajenas, la existencia y titularidad de aquellas deudas operará como causa de la transmisión y por tanto como elemento esencial del propio contrato traslativo (cfr. Resolución de 22 de noviembre de 2013).

No obstante lo anterior, como ya se reconociera por la Dirección General en su Resolución de 28 de febrero de 2003, no es preciso que se refleje pormenorizadamente todo el contrato que motiva el reconocimiento de deuda, sino que es suficiente que se haga la indicación de cuál es el contrato concreto del que deriva la deuda, a los efectos de que pueda entenderse adecuadamente identificada la causa, así como los medios de pago y dar con ello cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 21 y 254 de la Ley Hipotecaria, 177 del Reglamento Notarial en desarrollo del artículo 24 de la Ley del Notariado.

Artículo 25. Ley de Arrendamientos Urbanos. Derecho de adquisición preferente

1. En caso de venta de la vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en los apartados siguientes.

...

5. Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Cuando la vivienda vendida no estuviese arrendada, para que sea inscribible la adquisición, deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público

... Artículo 1521. Código Civil

El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago.

Artículo 21. Ley Hipotecaria

2. Las escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, deberán expresar, además de las circunstancias previstas en el apartado anterior, la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862.

Artículo 254. Ley Hipotecaria

3. No se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, si el fedatario público hubiere hecho constar en la Escritura la negativa de los comparecientes a identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados.

4. Las escrituras a las que se refieren los números 2 y 3 anteriores se entenderán aquejadas de un defecto subsanable. La falta sólo se entenderá subsanada cuando se

presente ante el Registro de la Propiedad una escritura en la que consten todos los números de identificación fiscal y en la que se identifiquen todos los medios de pago empleados.

Artículo 24. Ley del Notariado, párrafos 4 y 5

En las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se identificarán, cuando la contraprestación consistiere en todo o en parte en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes. A tal fin, y sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, deberá identificarse si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria.

Igualmente, en las escrituras públicas citadas el Notario deberá incorporar la declaración previa del movimiento de los medios de pago aportadas por los comparecientes cuando proceda presentar esta en los términos previstos en la legislación de prevención del blanqueo de capitales. Si no se aportase dicha declaración por el obligado a ello, el Notario hará constar esta circunstancia en la escritura y lo comunicará al órgano correspondiente del Consejo General del Notariado.

Artículo 177. del Reglamento Notarial

El precio o valor de los derechos se determinará en efectivo, con arreglo al sistema monetario oficial de España, pudiendo también expresarse las cantidades en moneda o valores extranjeros, pero reduciéndolos simultáneamente a moneda española. De igual modo, los valores públicos o industriales se estimarán en efectivo metálico, con arreglo a los tipos oficiales o contractuales.

En las escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, se identificarán, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de acuerdo con las siguientes reglas:

1.^a Se expresarán por los comparecientes los importes satisfechos en metálico, quedando constancia en la escritura de dichas manifestaciones.

2.^a El Notario incorporará testimonio de los cheques y demás instrumentos de giro que se entreguen en el momento del otorgamiento de la escritura. Los comparecientes deberán, asimismo, manifestar los datos a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Notariado, correspondientes a los cheques y demás instrumentos de giro que hubieran sido entregados con anterioridad al momento del otorgamiento, expresando además su numeración y el código de la cuenta de cargo. En caso de cheques bancarios u otros instrumentos de giro librados por una entidad de crédito, entregados con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, el compareciente que efectúe el pago deberá manifestar el código de la cuenta con cargo a la cual se aportaron los fondos para el libramiento o, en su caso, la circunstancia de que se libraron contra la entrega del importe en metálico. De todas estas manifestaciones quedará constancia en la escritura.

3.^a En caso de pago por transferencia o domiciliación, los comparecientes deberán manifestar los datos correspondientes a los códigos de las cuentas de cargo y abono, quedando constancia en la escritura de dichas manifestaciones.

En el marco del artículo 17.3 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, el Consejo General del Notariado proporcionará a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria información, en particular, en el caso de pagos por transferencia o domiciliación, cuando no se hubieran comunicado al Notario las cuentas de cargo y abono.

En el caso de que los comparecientes se negasen a identificar los medios de pago empleados, el Notario advertirá verbalmente a aquellos de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 254 de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, dejando constancia, asimismo, de dicha advertencia en la escritura.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria.

Igualmente, en las escrituras citadas el Notario deberá incorporar la declaración previa del movimiento de los medios de pago aportada por los comparecientes cuando proceda presentar ésta en los términos previstos en la normativa de prevención

del blanqueo de capitales. Si no se aportase dicha declaración por el obligado a ello, el Notario hará constar dicha circunstancia en la escritura y lo comunicará al órgano correspondiente del Consejo General del Notariado.

Resolución de 10 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Disposición 8891 del BOE núm. 207 de 31 de julio de 2020

Resolución de 12 de abril de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Disposición 5643 del BOE núm. 100 de 2018

2. Opción de compra concedida por el testador a un heredero por plazo de quince años a contar desde el fallecimiento del causante, sobre un bien adjudicado a tres herederos por terceras partes indivisas.

No es posible la inscripción por el plazo establecido por el causante al contravenir el texto imperativo del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, ni puede tampoco de oficio inscribirse sólo por el plazo legalmente admitido por suponer una alteración sustancial de los elementos esenciales del derecho concedido.

Artículo 14 Reglamento Hipotecario

Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.

Segunda. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.

Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.

Resolución de 14 de febrero de 2013 de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Disposición 3001 del BOE núm. 67 de 2013

3. Escritura de obra nueva en que el promotor, que es una sociedad patrimonial, declara una obra nueva sobre una parcela, manifestando que es para uso propio. En el siguiente número de protocolo, también presentado en el Registro, se hace declaración de otra obra nueva con iguales características. ¿Es posible practicar la inscripción sin la aportación de documentación acreditativa del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley de Ordenación de la Edificación sobre seguro decenal?

La obligación de contratación y acreditación de las garantías previstas en el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación se exceptúan únicamente en los supuestos en que concurren las siguientes circunstancias: 1. Autopromotor individual; 2. De una única vivienda unifamiliar; 3. Para uso propio.

Lo que trata de expresar la norma, cuando establece que se ha de tratar de «una única vivienda unifamiliar para uso propio», es que la excepción se contrae a una sola (única) edificación (con destino a vivienda) por au-

topromotor, de modo que lo que trata de evitar el legislador mediante este requisito es que el promotor pueda excluir del seguro decenal un número indefinido e ilimitado de viviendas unifamiliares (edificaciones separadas) con la mera declaración de que va a destinarlas a uso propio, circunstancia que sería posible de no haberse establecido legalmente esta condición.

En el presente caso, el carácter único de la vivienda, como supuesto de la exoneración de la obligación de acreditar la suscripción del seguro decenal, aparece claramente desvirtuado y contradicho por las declaraciones efectuadas por el mismo autopromotor en relación con otras viviendas unifamiliares, tal y como resulta de otros documentos presentados a inscripción, y de los propios asientos registrales. Por tanto, cabe concluir que, en este caso, al no acreditarse la concurrencia de todos los requisitos que exceptúan del cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación, no puede practicarse la inscripción de las obras nuevas sin manifestar y testimoniar las garantías contratadas.

Artículo 20. Ley de Ordenación de la Edificación. Requisitos para la escrituración e inscripción

1. No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19.

Disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación. Obligatoriedad de las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción

Uno. La garantía contra daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.

No obstante, esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en

el caso de producirse la transmisión “inter vivos” dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión “inter vivos” sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma.

Tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.

Dos. Mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir las garantías previstas en los apartados 1.a) y 1.b) del citado artículo 19, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. Asimismo, mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir cualquiera de las garantías previstas en el artículo 19, para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda.

Resolución de 3 de julio de 2012 de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Disposición 11718 del BOE núm. 225 de 2012

4. Constando una finca inscrita como rústica, en el año 2006 se concedió licencia de obra respecto de la misma, calificada como urbana en 2005 en virtud de un Plan de Ordenación Urbana que posteriormente fue anulado por sentencia firme. ¿Es posible inscribir la obra nueva en construcción en virtud de la licencia de 2006 habiendo sido anulado posteriormente el plan en cuyo marco se dictó?

De acuerdo con la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y según el contenido de la legislación sobre procedimiento administrativo y jurisdicción contencioso administrativa, la licencia concedida bajo la vigencia de un Plan de Ordenación declarado nulo no es automáticamente anulada, por lo que no es causa de denegación de la práctica de los asientos la anulación del plan por considerar no cumplida la legalidad urbanística del acto, debiendo mediar una declaración de la administración relativa a la extensión de la nulidad al acto concreto dictado en desarrollo del plan, es decir, a la propia licencia o finca a que la misma se refiere.

Ello no obstante, el documento presentado deberá acompañarse del acreditativo de la identidad de la finca registral con aquélla a la que se refiere la licencia, para lo cual será preciso no sólo el certificado de equivalencia previsto en el artículo 437 del Reglamento Hipotecario, sino que será preciso acreditar el cambio de calificación de la finca, que pasa de ser rústica a urbana, mediante la identificación del acuerdo adoptado, pues de lo contrario, no es la falta de validez de la licencia, sino la propia naturaleza o calificación urbanística de la finca inscrita la que impide la práctica de los asientos solicitados.

La declaración de nulidad de un plan se retrotrae al mismo instante de haber sido dictado, lo que comporta, a su vez, la nulidad de aquellos planes secundarios que se dicten en su desarrollo, al contravenir el principio de jerarquía normativa y, por tanto, carecer del necesario soporte normativo (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2008, 14 de julio de 2010, 7 de febrero de 2011, 19 de junio de 2013 y 2 de junio de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo). Ahora bien, los efectos de la declaración de nulidad de un plan urbanístico no son plenos o absolutos, sino que existen ciertas limitaciones que, en última instancia, obedecen a motivos de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución). En concreto, el artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispone que «las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente».

Serán pues los términos de la sentencia por ejecutar los que determinen la clase y el contenido de los actos que deba dictar la Administración Pública condenada por aquélla a fin de llevarla a efecto.

De este modo, si para la inscripción de actos o sentencias anulatorias de instrumentos de ordenación urbanística es preciso que tal anulación se concrete en fincas concretas, con mayor motivo será necesaria dicha concreción cuando de lo que se trata es de denegar una inscripción por considerar nula una segregación, que, sin embargo, no ha sido expresamente declarada como tal, puesto que el registrador carece por sí mismo de la facultad de decidir el alcance y extensión de la nulidad judicialmente declarada. En consecuencia, según todo lo expuesto, no puede sostenerse que la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo por la que se anula el Plan General de Ordenación Urbana determine «per se» la

nulidad de todas los actos llevados a cabo con posterioridad sobre la finca matriz en su ejecución, y con ello las segregaciones o divisiones amparadas en licencias anteriores a la citada Sentencia, siendo por ello necesario primero que se determine por los tribunales, y luego se ejecute por la administración, el concreto alcance de la nulidad declarada.

Texto Refundido de la Ley del Suelo.

Artículo 11. Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo

1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

3. Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística.

Artículo 12. Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades

1. El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien.

Comprende asimismo la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el artículo 26.

2. Las facultades del propietario alcanzan al vuelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes

aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público.

Artículo 16. Contenido del derecho de propiedad del suelo en situación rural o vacante de edificación: deberes y cargas

1. En el suelo que sea rural a los efectos de esta ley, o esté vacante de edificación, el deber de conservarlo supone costear y ejecutar las obras necesarias para mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, así como daños o perjuicios a terceros o al interés general, incluidos los medioambientales; garantizar la seguridad o salud públicas; prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las inmisiones contaminantes indebidas en otros bienes y, en su caso, recuperarlos de ellas en los términos dispuestos por su legislación específica; y asegurar el establecimiento y funcionamiento de los servicios derivados de los usos y las actividades que se desarrollen en el suelo. El cumplimiento de este deber no eximirá de las normas adicionales de protección que establezca la legislación aplicable.

2. Cuando el suelo en situación rural no esté sometido al régimen de una actuación de urbanización, el propietario tendrá, además de lo previsto en el apartado primero, el deber de satisfacer las prestaciones patrimoniales que establezca, en su caso, la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, para legitimar los usos privados del suelo no vinculados a su explotación primaria, así como el de costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión de las instalaciones y construcciones autorizables, con las redes generales de servicios y entregarlas a la Administración competente para su incorporación al dominio público, cuando deban formar parte del mismo.

En este suelo quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas, sin que, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza.

3. Cuando el suelo en situación rural esté sometido al régimen de una actuación de transformación urbanística, el propietario deberá asumir, como carga real, la participación en los deberes legales de la promoción de la actuación, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas, así como permitir ocupar los bienes necesarios para la realización de las obras, en su caso, al responsable de ejecutar la actuación, en los términos de la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

Artículo 21. Situaciones básicas del suelo

1. Todo el suelo se encuentra, a los efectos de esta ley, en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado.

2. Está en la situación de suelo rural:

a) En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística.

b) El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente.

Artículo 20. Criterios básicos de utilización del suelo

1. Para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el título preliminar y en el título I, respectivamente, las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, deberán:

a) Atribuir en la ordenación territorial y urbanística un destino que comporte o posibilite el paso de la situación de suelo rural a la de suelo urbanizado, mediante la urbanización, al suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen, impedir la especulación con él y preservar de la urbanización al resto del suelo rural.

Artículo 28. Texto Refundido de la Ley del Suelo. Declaración de obra nueva

1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo.

Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finaliza-

ción de ésta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos:

a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y

b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente, salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna.

2. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los Registradores de la Propiedad exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior.

Resolución DGRN 25 de octubre de 2018

Disposición 15766 del BOE núm. 279 de 2018

Casos prácticos Seminario 27-4-2022

1. ¿Es posible convertir un derecho de usufructo en derecho de habitación?

Nos encontramos ante el supuesto de un derecho de usufructo constituido con arreglo a las disposiciones contenidas en los artículos 467 y siguientes del Código Civil, sujeto, por tanto, a su regulación legal y se plantea la cuestión de si es posible convertir ese derecho real de usufructo en un derecho de habitación sin necesidad de celebrar dos actos jurídicos, uno de extinción y otro posterior de constitución de los citados derechos.

En primer lugar, se hace preciso analizar si nuestro ordenamiento jurídico prevé la figura de la conversión de derechos reales, es decir, de transformación de un derecho real en otro.

El estudio ha de partir del concepto de pleno dominio, integrado por la totalidad de facultades que pueden ser atribuidas a un titular y a que se refiere el artículo Artículo 348 al establecer que “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa o del animal para reivindicarlo”.

Así, todos los derechos reales consisten en la atribución a un sujeto de todo o parte de dichas facultades de goce y/o disfrute, de modo que el conjunto de facultades y obligaciones que conllevan para el o los titulares delimita su estatuto jurídico y permitirá encuadrarlo en alguna de las figuras específicamente reguladas en la legislación vigente o admitirlo como un derecho real diferente al encontrarnos inmersos en un sistema que admite el *númerus apertus* en materia de constitución de derechos.

Sin embargo, una vez constituido un derecho, su ejercicio y extinción vendrán determinados por el régimen legal o convencional a que se hayan ajustado o que resulte de las modificaciones que puedan tener lugar.

Esas modificaciones, sin embargo, deberán instrumentalizarse y causalizarse debidamente mediante la celebración de los actos jurídicos pertinentes, bien de transmisión de facultades, renuncia o cualesquiera otras, debiendo cumplir con los requisitos legales aplicables (véase la forma documental pública prevista en el artículo 1280 del Código Civil, los requisitos de eficacia previstos en los artículos 1261 y siguientes sobre consentimiento y causa o los propios del acto jurídico elegido) y asumir la consecuencia tributaria correspondiente al hecho imponible.

Si además se pretende la inscripción de dicha modificación, todo ello estará sujeto a calificación de acuerdo con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria, 58 de su Reglamento y 254 de la Ley Hipotecaria.

En el supuesto objeto de análisis es aplicable de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, según la cual el derecho de habitación tiene unas características especiales que determinan que aun cuando se trata de un derecho real tiene connotaciones propias de los personales.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1983 enumera los caracteres del derecho de uso, que pueden aplicarse también al de habitación. Se trata –dice la Sentencia– de: a) un derecho real; b) de uso y disfrute; c) recayente sobre un inmueble; d) limitado a las necesidades del mismo; e) de carácter personal (en el sentido de personalísimo e intransmisible); con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son: f) la temporalidad del uso (y de la habitación) y g) su especial régimen jurídico.

Por tanto, su contenido no es idéntico al del derecho de usufructo, cuyo régimen jurídico queda regulado de forma independiente, siendo

diferente el contenido de facultades y de obligaciones atribuidos al nudo propietario y al usufructuario y habitacionista en cada caso.

Consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, la modificación, inscribible según el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, implica en todo caso la subsistencia del derecho a que se refiere, por lo que los elementos esenciales del mismo, los que permitan identificarlo como tal, han de permanecer. Por tanto, no cabe integrar en el contenido del término modificación a estos efectos el de la conversión pretendida, entendiendo por tal aquel cambio en el objeto, extensión, alcance y contenido del derecho de tal envergadura que suponga que deja de ser el mismo derecho para configurar otro diferente. **Procederá en tales supuestos una extinción del derecho real de usufructo y constitución de derecho de uso, como dos hechos imponderables y dos actos jurídicos sujetos a su propio régimen jurídico.**

Artículo 467. Código Civil

El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa.

Artículo 471. Código Civil

El usufructuario tendrá derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes usufructuados. Respecto de los tesoros que se hallaren en la finca será considerado como extraño.

Artículo 513. Código Civil

El usufructo se extingue:

- 1.º Por muerte del usufructuario.
- 2.º Por expirar el plazo por el que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo.
- 3.º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona.
- 4.º Por la renuncia del usufructuario.

5.º Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo.

6.º Por la resolución del derecho del constituyente.

7.º Por prescripción.

Artículo 523. Código Civil

Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes.

Artículo 524. Código Civil

La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia.

Artículo 528. Código Civil

Las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo.

RDG 5 de abril de 2015

Disposición 11614 del BOE núm. 259 de 2015

RDG 3 de marzo de 2022

Disposición 4696 del BOE núm. 71 de 2022

2. ¿Es posible con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 28.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación urbana inscribir sobre una finca no urbanizable una obra cuya antigüedad es anterior a la entrada en vigor de la Ley 2/2006?

Si de la documentación presentada resulta un año aproximado de construcción muy anterior a las normas que en País Vasco impusieron un régimen de imprescriptibilidad de las medidas de reposición de legalidad urbanística para el suelo no urbanizable, será posible la inscripción por tratarse de situaciones ya consolidadas, evitando así una aplicación retroactiva de la norma o situación urbanística.

28.4 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana

4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, la constancia registral de la terminación de la obra se regirá por el siguiente procedimiento:

a) Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. A tales efectos, el Registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.

b) Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expidan, la práctica de dicha notificación.

c) Cuando la obra nueva hubiere sido inscrita sin certificación expedida por el correspondiente Ayuntamiento, éste, una vez recibida la información a que se refiere la letra anterior, estará obligado a dictar la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario.

La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la referida nota marginal dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados.

Artículo 52. Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística

- Reglas aplicables a otras construcciones.

Podrán inscribirse por el Registrador de la Propiedad las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título.
- b) Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante.
- c) Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación.

Artículo 10. Ley 5/1998, de 6 de marzo, de medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana

- Disciplina urbanística. Prescripción de infracciones y sanciones.

1. Las infracciones graves prescribirán a los cuatro años y las leves a los dos años, a contar desde su comisión. Las sanciones impuestas por faltas graves prescribirán a los dos años, y las impuestas por faltas leves al año.

2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido o, en su caso, desde aquel en que hubiera debido incoarse el procedimiento.

Se entenderá que debe incoarse el procedimiento sancionador cuando aparezcan signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción.

Artículo 224. Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo. Operaciones de restauración de la ordenación urbanística

1. Las operaciones de restauración de la ordenación urbanística que se dispongan por razón de actos o actuaciones clandestinas serán determinadas en la resolución del procedimiento de legalización.

2. Las operaciones de restauración de la ordenación urbanística derivadas de actos o actuaciones clandestinas correrán de cuenta de los titulares de los terrenos o inmuebles o de los responsables de dichas actuaciones, usos o actividades.

3. Cuando la orden de ejecución de las operaciones de restauración no se contuviera ya en la resolución del procedimiento sobre legalización de los actos o actuaciones clandestinas correspondientes, la administración competente podrá dictarla de forma independiente previo procedimiento en el que se oirá a las personas interesadas, que se regulará reglamentariamente.

4. Transcurridos cuatro años desde la total terminación de las obras, trabajos e instalaciones, o desde la aparición de signos físicos exteriores que permitan el conocimiento de su realización, la administración no podrá ordenar la demolición de las edificaciones, las instalaciones o las construcciones correspondientes. Éstas quedarán sujetas, no obstante, al régimen de instalaciones, edificaciones y construcciones fuera de ordenación, y cualquier acto que implique su reforma, ampliación o consolidación requerirá la previa aprobación de un proyecto de legalización, si ésta fuera posible. En este proyecto se contemplará el conjunto de medidas necesarias para la eliminación o, en todo caso, reducción del impacto en los servicios urbanísticos, dotación de espacios públicos u otros análogos. La administración podrá aprobar dichos proyectos de oficio. 5. El plazo de cuatro años a que se refiere el apartado anterior no rige, en ningún caso, para los usos ni para las parcelaciones y las construcciones, edificaciones e instalaciones que se realicen en los siguientes supuestos: a) Los ejecutados en suelo no urbanizable. b) Los ejecutados sobre terrenos calificados en el planeamiento como dotaciones públicas de la red de sistemas generales. c) Los ejecutados en dominio público o en las zonas de servidumbre del mismo. d) Los que afecten a bienes catalogados por el ayuntamiento o declarados

de interés cultural en los términos de la legislación sobre patrimonio histórico, cultural y artístico.

6. La falta de ejecución de las órdenes de reposición de la realidad física alterada para la restauración de la integridad de la ordenación territorial y urbanística dará lugar a la imposición de hasta diez sucesivas multas coercitivas por plazos de un mes, así como al traslado de testimonio al Ministerio Fiscal en el supuesto de existir indicios de que los hechos fueran constitutivos de delito de desobediencia. El importe de cada una de dichas multas podrá ascender a la mayor de las siguientes cantidades: al 10% del coste estimado de las obras y los trabajos de reposición a ejecutar, o 600 euros. En todo caso, transcurrido el plazo para el cumplimiento voluntario derivado de la última multa coercitiva impuesta, la Administración actuante estará obligada a ejecutar subsidiariamente la reposición de la realidad física alterada, con cargo al infractor.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 2019

<https://www.boe.es/boe/dias/2016/03/10/pdfs/BOE-A-2016-2441.pdf>

3. Constando inscrito el dominio útil de una finca, ¿a favor de quién se consolida el pleno dominio una vez extinguido el censo?

Existiendo la inscripción de sólo el dominio útil de una finca, nos encontramos ante un censo enfiteúutico, definido en el artículo 1605 del Código Civil, del que resulta que el titular cede el dominio útil al enfiteuta, reservándose el dominio directo y el derecho a percibir una pensión anual.

Por su propia naturaleza, el censo se constituye a perpetuidad o por tiempo indefinido, de modo que su extinción se producirá por la redención del censo tal y como prevé el artículo 1608 del Código Civil, la cual tendrá lugar a instancia del censatario o enfiteuta con sujeción a lo previsto en el artículo 1651 del mismo cuerpo legal.

Dicha redención implica la extinción del censo y, con ello, de la separación del dominio útil y el directo, quedando únicamente el pleno dominio bajo la titularidad de quien ostentaba este último, es decir, del dueño directo que en su momento constituyó el censo.

Su régimen jurídico, contenido en los artículos 1629 y siguientes del mismo Código de cuyo contenido resulta que una vez.

Artículo 1605. Código Civil

Es enfiteútico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio.

Artículo 1608. Código Civil

Es de la naturaleza del censo que la cesión del capital o de la cosa inmueble sea perpetua o por tiempo indefinido; sin embargo, el censatario podrá redimir el censo a su voluntad aunque se pacte lo contrario, siendo esta disposición aplicable a los censos que hoy existen.

Puede, no obstante, pactarse que la redención del censo no tenga lugar durante la vida del censalista o de una persona determinada, o que no pueda redimirse en cierto número de años, que no excederá de veinte en el consignativo, ni de sesenta en el reservativo y enfiteútico.

Artículo 1651. Código Civil

La redención del censo enfiteútico consistirá en la entrega en metálico, y de una vez, al dueño directo del capital que se hubiese fijado como valor de la finca al tiempo de constituirse el censo, sin que pueda exigirse ninguna otra prestación, a menos que haya sido estipulada.

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de octubre de 2021

<https://www.boe.es/boe/dias/2021/11/23/pdfs/BOE-A-2021-19265.pdf>

4. Un aprovechamiento de aguas se describe incorporando en el texto” una presa normal a la corriente de aguas del río, de veinte metros por 4,80 de alto”, etc, identificándose linderos por los cuatro puntos cardinales. ¿Se entiende como una inscripción de la concesión administrativa del derecho de aprovechamiento de aguas o también de la propia construcción física? ¿Debería aportarse en tal caso certificación catastral o algún requisito para la propia construcción?

Cuando la solicitud versa sobre la inscripción de sólo el aprovechamiento de aguas, la referencia de las construcciones, aún cuando sean pormenorizadas, no implica una declaración de obra sino inclusión de los elementos necesarios para la efectividad del aprovechamiento reconocido cuya constancia en la inscripción respectiva tendrá lugar por aplicación de los artículos 64 y 67 del Reglamento Hipotecario. En tal caso, extinguida la concesión administrativa se procederá a la cancelación de la inscripción y a consecuencia de ello, quedará igualmente excluido del registro el contenido íntegro de la descripción tanto de la finca como de las construcciones afectados por el aprovechamiento.

Sin embargo, cuando además de la concesión administrativa o el aprovechamiento se procede a la inmatriculación de la finca con descripción en ella de construcciones existentes, será preciso cumplir con todos los requisitos previstos para tales actos jurídicos, véase los previstos en los artículos 201, 205 y 206 de la Ley Hipotecaria para la inmatriculación, o los establecidos en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria y 28 del Texto Refundido de la Ley del Suelo en cuanto a las obras nuevas, cualquiera que sea su naturaleza. Y solicitada también la inscripción del aprovechamiento de aguas, al mismo serán de aplicación los artículos 64 y 67 del Reglamento Hipotecario anteriormente citados.

En tal caso, llegado el caso de extinción del aprovechamiento, la cancelación del mismo dejará sin embargo subsistente la inscripción de dominio y de obra nueva de la finca.

Artículo 31. Reglamento Hipotecario

Las concesiones administrativas que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles, se inscribirán a favor del concesionario con la extensión y condiciones que resulten del título correspondiente.

La adquisición por expropiación forzosa o por cualquier otro título de fincas o derechos inscritos que hayan quedado afectos a la concesión se inscribirá a favor del concesionario, haciéndose constar en las inscripciones respectivas su afectación, y en la inscripción de la concesión la incorporación de aquéllos, por nota marginal. También se hará constar en las inscripciones y notas marginales respectivas que las fincas incorporadas quedan gravadas con las cargas a que esté sujeta o se sujete en el futuro la concesión.

Sobre las fincas o derechos inscritos afectos a una concesión no se podrán inscribir otras cargas o gravámenes que los que recaigan sobre ésta y hayan sido autorizados por la Administración concedente.

Extinguida la concesión, si las fincas deben revertir a la Administración concedente, se inscribirán a favor de ésta, cancelándose los asientos contradictorios, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 175.

Cuando resultasen parcelas o fincas sobrantes de una concesión y no deban revertir al concedente, el concesionario podrá hacer constar en el Registro aquella circunstancia y su desafectación de la concesión mediante certificación librada por el Organismo que otorgó la concesión, en la que se exprese la fecha de la resolución que haya declarado la desafectación, la circunstancia de no haber lugar a la reversión y el derecho del concesionario a disponer libremente de la finca. Si la parcela o finca hubiese sido adquirida en virtud de expropiación forzosa, la constancia registral de la desafectación no perjudicará el derecho de reversión que asista al propietario expropiado, y en caso de practicarse segregación, se hará constar en la nueva inscripción la adquisición originaria por expropiación.

Artículo 64. Reglamento Hipotecario

Las inscripciones de los aprovechamientos de aguas públicas, obtenidos mediante concesión administrativa, se inscribirán en la forma que determina el artículo 31,

debiéndose acompañar a los respectivos documentos certificado en que conste hallarse inscritos en el correspondiente Registro administrativo de los organizados por el Real Decreto de 12 de abril de 1901.

Si no se acompañase el certificado, podrá tomarse anotación preventiva por defecto subsanable.

Los aprovechamientos colectivos se inscribirán a favor de la comunidad de regantes en el Registro de la Propiedad a que corresponda la toma de aguas en cauce público. En la inscripción se harán constar, además de las circunstancias generales que sean aplicables, los datos del aprovechamiento, su regulación interna las tandas, turnos u horas en que se divida la comunidad; *las obras de toma de aguas y las principales y accesorias de conducción y distribución*. Bajo el mismo número y en sucesivos asientos, se consignarán los derechos o cuotas de los distintos partícipes, mediante certificaciones expedidas en relación a los antecedentes que obren en la comunidad con los requisitos legales. En los folios de las fincas que disfruten del riego se inscribirá también el derecho en virtud de los mismos documentos, extendiéndose las oportunas notas marginales de referencia.

Las mismas normas se aplicarán cuando la adquisición del aprovechamiento colectivo se acredite conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 67. Reglamento Hipotecario

Las explotaciones industriales destinadas a la producción o distribución de energía eléctrica que disfruten de la correspondiente concesión administrativa se inscribirán en hoja especial, y bajo un solo número, conforme al artículo 31. Bajo el mismo número se expresarán las concesiones, presas, pantanos o saltos de agua que exploten o les pertenezcan; las centrales térmicas o hidráulicas de que dispongan; las líneas aéreas o subterráneas de transmisión o distribución de corriente y sus características; las casetas distribuidoras o transformadoras y demás elementos de la explotación, así como las servidumbres de paso de energía establecidas voluntaria o forzosamente y las autorizaciones, permisos o licencias que se disfruten para la explotación, con arreglo a las Leyes y Reglamentos administrativos sobre la materia.

Si las diversas suertes de tierra estuvieren situadas en territorio de dos o más Registros, se hará una inscripción principal en aquél en que estuviere situada la central productora y distribuidora, e inscripciones de referencia en los demás, observándose en cuanto fuera posible lo dispuesto en el artículo 62.

Casos prácticos Seminario 11-5-2022

1. ¿Cómo puede conocerse quiénes son los acreedores a quienes han de dirigirse las comunicaciones para la enajenación como libre de cargas de los bienes sujetos a privilegio especial en procedimiento concursal, de modo que pueda practicarse la inscripción de la adjudicación en pública subasta y cancelación tanto de cargas anteriores como posteriores a la declaración de concurso?

El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal prevé en su artículo 209 que “la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, judicial o extrajudicial, incluida la electrónica, salvo que el juez autorice otro modo de realización de entre los previstos en esta ley”, a lo que añade el artículo 225 del mismo texto legal que “en el decreto del Letrado de la Administración de Justicia por el que se apruebe el remate o en el auto del juez por el que autorice la transmisión de los bienes o derechos ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, se acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales. Los gastos de la cancelación serán a cargo del adquirente. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, no procederá acordar la cancelación de cargas cuando la transmisión de bienes o derechos afectos a la satisfacción de créditos con privilegio especial se hubiera realizado con subsistencia del gravamen”.

Así, el Juez del concurso será competente para ordenar la cancelación de las cargas anteriores al concurso en el mismo decreto de adjudicación, siempre que no se hubiera dispuesto por la autoridad judicial la subsistencia de cargas.

Dicha adjudicación tendrá lugar en procedimiento de subasta si no se hubiera dispuesto en por la autoridad judicial otro modo de realización, subasta que se regirá, en cuanto no esté especialmente regulado, por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil según establece el artículo 421 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Y esta subasta se tramitará estrictamente según las normas establecidas en la legislación, debiendo observarse todos los trámites contemplados en la misma, y sólo los previstos en ella, sin que pueda alterarse el citado procedimiento.

A tal efecto, han de aplicarse las normas relativas al procedimiento de apremio las normas contenidas en los artículos 655 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicables a todas las subastas de inmuebles según el propio texto del primero de ellos. Sin embargo, no serán aplicables las normas específicas de ejecución hipotecaria, como serían los artículos 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 132 de la Ley Hipotecaria, por tratarse de procedimientos especiales que no pueden aplicarse analógica ni supletoriamente a supuestos distintos de los contemplados en dichas normas.

En particular, en todos los supuestos de subasta a que se refiere al ley concursal, por aplicación de las normas del procedimiento de apremio, **el Letrado de la Administración de Justicia deberá solicitar la certificación a que se refiere el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para conocer la situación jurídico real de la finca que ha de subastarse y poder proceder a las notificaciones pertinentes a los acreedores por parte de la autoridad judicial, debiendo hacerse constar en el mandamiento de cancelación que se han seguido los**

trámites de notificación del plan de liquidación previstos en la normativa concursal.

No proceden, sin embargo, las notificaciones previstas en el artículo 657 ni en el 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los Registradores, previstas no para todo procedimiento de subasta, sino para los procedimientos de ejecución y con referencia a ejecutante inscrito, lo que no concurre en el procedimiento concursal, todo ello sin perjuicio de las facultades que derivan de tales preceptos a favor de los Letrados de la Administración de Justicia para recabar la información oportuna mediante las diligencias que correspondan con el fin de dar cumplimiento a su deber de comunicación y notificación.

Sí proceden, sin embargo, todas las notificaciones a que se refiere la legislación concursal relativas a las fases del procedimiento y que deberán dirigirse por la autoridad judicial en la forma y a quienes señala el tenor de la legislación concursal para la eficacia del procedimiento y salvaguarda de los derechos de todos los interesados.

Así, requisito inexcusable será la constancia en el mandamiento de cancelación de cargas de bien adjudicado en subasta en ejecución de un plan de liquidación del hecho de haber sido notificados todos los titulares de las mismas en los términos exigidos por la legislación concursal para proceder a la inscripción a favor del adjudicatario libre de las mismas tal. Así lo afirma, entre otras, la entonces Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 10 de diciembre de 2019.

Artículo 656. Ley de Enjuiciamiento Civil. Certificación de dominio y cargas

1. Cuando el objeto de la subasta esté comprendido en el ámbito de esta Sección, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución librerá mandamiento al registrador a cuyo cargo se encuentre el Registro de que se trate para que remita al juzgado certificación en la que consten los siguientes extremos:

1.º La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado.

2.º Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas.

En todo caso, la certificación se expedirá en formato electrónico y dispondrá de información con contenido estructurado.

2. El registrador hará constar por nota marginal la expedición de la certificación a que se refiere el apartado anterior, expresando la fecha y el procedimiento a que se refiera.

El registrador notificará, inmediatamente y de forma telemática, al Letrado de la Administración de Justicia y al Portal de Subastas el hecho de haberse presentado otro u otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial a los efectos del artículo 667.

El Portal de Subastas recogerá la información proporcionada por el Registro de modo inmediato para su traslado a los que consulten su contenido.

3. Sin perjuicio de lo anterior, el Procurador de la parte ejecutante, debidamente facultado por el Letrado de la Administración de Justicia y una vez anotado el embargo, podrá solicitar la certificación a la que se refiere el apartado 1 de este precepto, cuya expedición será igualmente objeto de nota marginal. En todo caso, la certificación se expedirá en formato electrónico y

Artículo 657. Ley de Enjuiciamiento Civil Información de cargas extinguidas o aminoradas

1. El Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución se dirigirá de oficio a los titulares de los créditos anteriores que sean preferentes al que sirvió para el despacho de la ejecución y al ejecutado para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía. Aquéllos a quienes se reclame esta información deberán indicar con la mayor precisión si el crédito subsiste o se ha extinguido por cualquier causa y, en caso de subsistir, qué cantidad resta pendiente de pago, la fecha de vencimiento y, en su caso, los plazos y condiciones en que el pago deba efectuarse. Si el crédito estuviera vencido y no pagado, se informará también de los intereses moratorios vencidos y de la cantidad a la que asciendan los intereses que se devenguen por cada día de retraso. Cuando la preferencia resulte de una anotación de embargo anterior, se expresarán la cantidad pendiente de pago por

principal e intereses vencidos a la fecha en que se produzca la información, así como la cantidad a que asciendan los intereses moratorios que se devenguen por cada día que transcurra sin que se efectúe el pago al acreedor y la previsión de costas.

Los oficios que se expidan en virtud de lo dispuesto en el párrafo anterior se entregarán al procurador del ejecutado para que se encargue de su cumplimiento.

2. A la vista de lo que el ejecutado y los acreedores a que se refiere el apartado anterior declaren sobre la subsistencia y cuantía actual de los créditos, si hubiera conformidad sobre ello, el Letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución, a instancia del ejecutado, expedirá los mandamientos que procedan a los efectos previstos en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria. De existir disconformidad les convocará a una vista ante el Tribunal, que deberá celebrarse dentro de los tres días siguientes, resolviéndose mediante auto, no susceptible de recurso, en los cinco días siguientes.

3. Transcurridos diez días desde el requerimiento al ejecutado y a los acreedores sin que ninguno de ellos haya contestado, se entenderá que la carga, a los solos efectos de la ejecución, se encuentra actualizada al momento del requerimiento en los términos fijados en el título preferente.

Artículo 659. Ley de Enjuiciamiento Civil. Titulares de derechos posteriormente inscritos

1. El registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutado, siempre que su domicilio conste en el Registro.

2. A los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas no se les realizará comunicación alguna, pero, acreditando al Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución la inscripción de su derecho, se les dará intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que les afecten.

3. Cuando los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta satisfagan antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro, quedarán subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho. Se harán constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción o anotación del gravamen en que dichos acreedores se subrogan y las de sus créditos o derechos respectivos, mediante la presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades indica-

das o del oportuno mandamiento expedido por el Letrado de la Administración de Justicia, en su caso.

Resolución de 10 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado

El juez del concurso es competente para dictar y expedir mandamientos cancelatorios de garantías reales, en fase de liquidación, al objeto de facilitar la enajenación del bien hipotecado en beneficio de los créditos concursales y contra la masa, respecto de aquellos créditos ya extinguidos con anterioridad a la declaración del concurso y no puede entrar el Registrador a calificar cuando en el procedimiento judicial se ha considerado que se habían cumplido los requisitos que la Ley Concursal prevé para que se pueda llevar a cabo la cancelación de las hipotecas existentes sobre la finca, entendiéndose que los acreedores con privilegio especial afectados han tenido la intervención adecuada en el proceso concursal. Hechos: se presenta a inscripción mandamientos en los que se insertan autos firmes dictados en procedimiento concursal autorizando la venta directa de una finca y ordenando la cancelación de las cargas registrales. Entre las cargas a cancelar se encontraba una hipoteca inscrita a favor de «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra», que según resultaba de certificación de fecha 11 de abril de 2019, expedida por la administradora concursal, «fue cancelada con fecha 15 de septiembre de 2015, si bien no se procedió a la cancelación registral de la misma». Y de certificación expedida por doña M. C. L. V., como apoderada de «Caixabank, S.A.», sin aportar título que acredite la representación, resultaba que, desde el día 15 de septiembre de 2015, se encontraba cancelado económicamente un contrato, en el que figura como titular la concursada y como hipotecada la finca en cuestión. La Registradora emite calificación negativa indicando que el mandamiento ya había sido objeto de presentación con anterioridad y objeto de calificación negativa por no acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 155.4 de la Ley Concursal. Una vez caducó el asiento de presentación sin subsanación del defecto, el mandamiento fue nuevamente presentado acompañado de la certificación de la administradora concursal y diligencia de ordenación expedida por la letrada de la Administración de Justicia ordenando la cancelación de las cargas registrales. De dicha certificación y de la diligencia de ordenación citadas resulta que Caixabank. S.A. ha tenido intervención en el procedimiento concursal de referencia pero como titular de un préstamo personal concedido a una mercantil en el que la concursada figuraba como avalista, es decir, como acreedor de un crédito calificado de ordinario subordinado, por razón del cual se le ha dado toda la intervención que resulta de los testimonios y diligencias de ordenación expedidos. Ahora bien, como señala la registradora en su nota,

dicha intervención no ha tenido ninguna relación con la hipoteca cuya cancelación se ordena, porque, tal y como resulta de los documentos presentados, el préstamo garantizado con dicha hipoteca se encontraba totalmente satisfecho en fecha 15 de septiembre de 2015, mucho antes de producirse la declaración de concurso, por ello, dicho crédito no fue incluido en la masa del concurso. Añade la registradora en su nota que: “Dado que el juez del concurso no ha tenido conocimiento en ningún momento de la existencia de dicha hipoteca, la cancelación de la misma no puede ser ordenada por el mismo, sino que debe ser objeto de cancelación por la vía ordinaria del artículo 82 de la ley hipotecaria: escritura pública de cancelación o, en su caso, cancelación por caducidad una vez transcurridos los plazos legalmente previstos”. La DGRN revoca la calificación y realiza las siguientes consideraciones: 1) Sobre la competencia del Juez del concurso. A juicio de la Registradora, el juez del concurso carece de competencia, al estar extinguido el préstamo hipotecario al tiempo de la declaración de concurso, y por tanto no haberse incluido dentro de la masa pasiva. Señala la DGRN que no obstante lo dispuesto en el artículo 179 RH, con arreglo al artículo 149.5 de la Ley Concursal, el juez del concurso es competente para poder cancelar cargas anteriores, incluso si gozan de privilegio especial, como ocurre con la hipoteca inmobiliaria, cuando se hayan de transmitir sin subsistencia del gravamen, pero cumpliendo lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley Concursal. Con mayor razón, debe considerarse que la competencia exclusiva del juez del concurso (artículo 8 de la Ley Concursal) debe autorizarle para dictar y expedir mandamientos cancelatorios de garantías reales, en fase de liquidación, al objeto de facilitar la enajenación del bien hipotecado en beneficio de los créditos concursales y contra la masa, respecto de aquellos créditos ya extinguidos con anterioridad a la declaración del concurso. 2) Sobre la intervención del acreedor en el procedimiento concursal. Con arreglo a los artículos 149.5 y 155.4 de la Ley Concursal, debe constar expresamente en el mandamiento que se ha dado conocimiento a los acreedores hipotecarios no sólo del plan de liquidación sino también de las medidas tomadas con relación a la satisfacción del crédito con privilegio especial. Por tanto, si en el procedimiento judicial se ha considerado que se habían cumplido los requisitos que la Ley Concursal prevé para que se pueda llevar a cabo la cancelación de las hipotecas existentes sobre la finca, entendiendo que los acreedores con privilegio especial afectados han tenido la intervención adecuada en el proceso concursal, excede de las facultades de calificación que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario otorga a los registradores, el discrepar de esta valoración y entender incumplidos dichos requisitos. (ER) PDF (BOE-A-2020-3392 – 8 págs. – 253 KB).

2. ¿Es posible practicar inscripción de adjudicación de finca a favor de la subcomunidad de propietarios no inscrita, derivada de ejecución de embargo por deudas a favor de la misma comunidad?

En primer lugar, es necesario analizar la posición jurídica de la manifestada como comunidad de propietarios cuando no existe formalmente un título constitutivo de división horizontal pero sí existe una edificación compuesta por elementos susceptibles de aprovechamiento independiente cuando cada uno de dichos elementos constituye finca registral separada y están dotados de elementos comunes.

A la misma será de aplicación la regulación establecida en la Ley de Propiedad Horizontal en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros, según el artículo 2 de la ley de Propiedad Horizontal, de modo que será de aplicación el mismo régimen establecido en el artículo 9 en cuanto a las obligaciones de los propietarios de contribuir a los gastos comunes. Correlativamente, todos los propietarios tienen derecho a hacer efectivo el cumplimiento de tales obligaciones, de modo que en el caso de impago les asisten las acciones legales para su reclamación con la preferencia y por los procedimientos establecidos en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal y las normas contenidas en los artículos 670 y 673 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En congruencia con ello, tanto el artículo segundo como la disposición transitoria Primera de la ley de Propiedad Horizontal reconocen la existencia de la comunidad de propietarios aún cuando no exista título de propiedad horizontal, determinando la obligación de adaptación a la Ley únicamente en cuanto a las normas estatutarias contrarias al contenido de la norma. Sin embargo, la ausencia de título o estatutos inscritos no hace inoperante o inexistente de la comunidad de propietarios de una división

horizontal de hecho y ello sin perjuicio del derecho que asiste a los propietarios a exigir el otorgamiento del pertinente título y de las normas constitutivas reconocido en la disposición transitoria para poder dar cumplimiento al artículo quinto de la Ley de Propiedad Horizontal que regula la forma y contenido del mismo.

Reconocida la existencia de la comunidad en estos supuestos en que no existe título formal inscrito de división horizontal, le será de aplicación el régimen jurídico completo de las mismas, así como los textos doctrinales y jurisprudenciales que los desarrollan e interpretan.

Es necesario en este caso, sin embargo, dilucidar si tal régimen es extensible a la subcomunidad de facto, es decir, cuando constituido el régimen de división horizontal en cuyo título no se prevé la existencia de subcomunidad ni figura inscrito existe de facto subcomunidad en cuanto a determinados elementos comunes respecto de los que existe derecho y obligación para los propietarios de sólo determinados elementos privativos.

A este respecto, tomando como fundamento los artículos citados así como el 415 del Reglamento Hipotecario y 19 de la ley de Propiedad Horizontal, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 27 de junio de 2019 permite igualmente la práctica de anotaciones preventivas en cuyos procedimientos toman parte dichas subcomunidades, sin necesidad de que en los mismos intervengan individualmente todos y cada uno de los titulares de los elementos **privativos ya que en este caso se ha reconocido la presunción de la existencia de facto de dicha subcomunidad por haber sido diligenciados libros de actas de la misma por el Registro de la Propiedad**, incluso sin constar nota marginal por no ser subcomunidad inscrita, **y se**

le ha reconocido dicha presunción al admitir en el procedimiento la legitimación activa por la autoridad judicial, aunque al no estar inscrita no goce de los efectos del sistema registral (en particular no gozará de los principios de legitimación, prioridad, inoponibilidad y fe pública registral), pero que es suficiente para poder aplicar a esta subcomunidad las reglas que el centro directivo ha aplicado a los actos colectivos.

Será por tanto aplicable a la misma el régimen jurídico y doctrinal previsto para la comunidad de propietarios.

Analizando la cuestión planteada sobre la posibilidad de inscripción de adjudicación de finca a favor de la subcomunidad de propietarios no inscrita derivada de ejecución de embargo por deudas a favor de la misma comunidad, la nueva redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, por el artículo 1.1 de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, permite no sólo practicar anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, sino que permite también ser titular registral «...cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones», lo que sirve como fundamento para que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública haya admitido excepcionalmente la existencia de casos de inscripciones o anotaciones transitorias, de mero puente.

Consecuencia de lo anteriormente establecido, debe admitirse el acceso registral de bienes a favor de la comunidad de propietarios

en régimen de propiedad horizontal en los supuestos de ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios, pues admitido el embargo a su favor, debe admitirse la posibilidad de que la ejecución culmine con su adjudicación. Ahora bien, esta inscripción a favor de la comunidad de propietarios debe reputarse como una situación excepcional y transitoria, pues no constituye finalidad de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal, ser titulares permanentes de bienes, por lo que debe reputarse como una situación de tránsito a su posterior transmisión, a su atribución a los copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común.

Si la comunidad de propietarios en régimen de comunidad horizontal ostenta un crédito contra un propietario del propio régimen o contra un tercero, le asiste la facultad de instar judicialmente su cumplimiento y, en vía de apremio, de instar la traba de cualesquiera bienes del deudor, así como su enajenación vía subasta e, incidentalmente, su adjudicación e inscripción en el Registro de la Propiedad (artículos 670 y 673 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Artículo 2. Ley de Propiedad Horizontal 49/1960, de 21 de julio

b) A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal.

Estas comunidades se regirán, en todo caso, por las disposiciones de esta Ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros.

d) A las subcomunidades, entendiéndose por tales las que resultan cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el título constitutivo, varios propietarios disponen, en régimen de comunidad, para su uso y disfrute exclusivo, de determinados elementos o servicios comunes dotados de unidad e independencia funcional o económica

Artículo segundo

Esta Ley será de aplicación:

a) A las comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5.

b) A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal.

Estas comunidades se regirán, en todo caso, por las disposiciones de esta Ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros.

Disposición Transitoria Primera de la ley de Propiedad Horizontal

La presente ley regirá todas las comunidades de propietarios, cualquiera que sea el momento en que fueron creadas y el contenido de sus estatutos, que no podrán ser aplicados en contradicción con lo establecido en la misma.

En el plazo de dos años, a contar desde la publicación de esta ley en el «Boletín Oficial del Estado», las comunidades de propietarios deberán adaptar sus estatutos a lo dispuesto en ella en lo que estuvieren en contradicción con sus preceptos.

Transcurridos los dos años, cualquiera de los propietarios podrá instar judicialmente la adaptación prevenida en la presente disposición por el procedimiento señalado en el número segundo del artículo dieciséis.

Artículo 9. Ley Hipotecaria

e) La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción o, cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones. Los bienes inmuebles y derechos reales de las uniones temporales de empresas serán inscribibles en el Registro de la Propiedad siempre que se acredite, conforme al artículo 3, la composición de las mismas y el régimen de administración y disposición sobre tales bienes, practicándose la inscripción a favor de los socios o miembros que las integran con sujeción al régimen de administración y disposición antes referido. También podrán practicarse anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 junio 2019

Disposición 10878 del BOE núm. 177 de 2019

Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de DGRN 26 julio 2017

Disposición 9721 del BOE núm. 193 de 2017

Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero de 2016

Disposición 2438 del BOE núm. 60 de 2016

3. ¿Cuál es el documento hábil para generar la nota marginal de suelo inundable? ¿Cuándo se hace constar tal circunstancia? ¿Sólo cuando se solicita expresamente o siempre que de la documentación aportada resulte acreditado?

Para hacer constar en el Registro de la Propiedad la calificación como inundable del suelo no será suficiente la mera referencia a tal circunstancia en cualquier título relativo a la misma sino que será necesario presentar certificación librada por el órgano de cuenca competente librada en el oportuno expediente entendido con el titular registral y en el que deberá practicarse el trámite de información pública y el de audiencia a los ayuntamientos y comunidades autónomas en cuyo territorio se encuentren los terrenos gravados y a los propietarios afectados. La resolución deberá ser motivada y publicada, al menos, en el Boletín Oficial de las provincias afectadas y estará sujeta a calificación de acuerdo con el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

Una vez calificado un terreno como zona inundable o de flujo preferente, queda sujeto a las limitaciones en cuanto a usos y autorizaciones establecidas en la Ley de Aguas, Reglamento de Dominio Público Hidráulico y Planes Hidrológicos aplicables y, por tanto, a la obtención de autorizaciones previas que se consignan en las misas, de modo que, constando la calificación como tal en el historial registral de la finca tras haberse observado el procedimiento oportuno y presentado la certificación en el Registro de la Propiedad, tal autorización será exigible para la inscripción de los actos sujetos a la misma.

No constando la calificación en el Registro de la Propiedad, pero resultando de la documentación presentada mención a dicha circunstancia, habrá de exigirse la presentación de la preceptiva autorización para la inscripción pertinente (obra nueva, por ejemplo) pero no podrá hacerse constar la cualidad de inundable del suelo sino en virtud de la específica resolución administrativa de declaración anteriormente reseñada.

Artículo 99. Reglamento Hipotecario

La calificación registral de documentos administrativos se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro.

Artículo 11. Texto Refundido de la Ley de Aguas Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio

Las zonas inundables.

1. Los terrenos que puedan resultar inundados durante las crecidas no ordinarias de los lagos, lagunas, embalses, ríos o arroyos, conservarán la calificación jurídica y la titularidad dominical que tuvieren.

2. Los Organismos de cuenca darán traslado a las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de los datos y estudios disponibles sobre avenidas, al objeto de que se tengan en cuenta en la planificación del suelo y, en particular, en las autorizaciones de usos que se acuerden en las zonas inundables.

3. El Gobierno, por Real Decreto, podrá establecer las limitaciones en el uso de las zonas inundables que estime necesarias para garantizar la seguridad de las personas y bienes. Los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, además, normas complementarias de dicha regulación.

Artículo 24. Ley de Aguas. Otras atribuciones

Los organismos de cuenca tendrán, para el desempeño de sus funciones, además de las que se contemplan expresamente en otros artículos de esta Ley, las siguientes atribuciones y cometidos:

a) El otorgamiento de autorizaciones y concesiones referentes al dominio público hidráulico, salvo las relativas a las obras y actuaciones de interés general del Estado, que corresponderán al Ministerio de Medio Ambiente.

b) La inspección y vigilancia del cumplimiento de las condiciones de concesiones y autorizaciones relativas al dominio público hidráulico.

c) La realización de aforos, estudios de hidrología, información sobre crecidas y control de la calidad de las aguas.

d) El estudio, proyecto, ejecución, conservación, explotación y mejora de las obras incluidas en sus propios planes, así como de aquellas otras que pudieran encomendárseles.

e) La definición de objetivos y programas de calidad de acuerdo con la planificación hidrológica.

f) La realización, en el ámbito de sus competencias, de planes, programas y acciones que tengan como objetivo una adecuada gestión de las demandas, a fin de promover el ahorro y la eficiencia económica y ambiental de los diferentes usos del agua mediante el aprovechamiento global e integrado de las aguas superficiales y subterráneas, de acuerdo, en su caso, con las previsiones de la correspondiente planificación sectorial.

g) La prestación de toda clase de servicios técnicos relacionados con el cumplimiento de sus fines específicos y, cuando les fuera solicitado, el asesoramiento a la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y demás entidades públicas o privadas, así como a los particulares.

En la determinación de la estructura de los organismos de cuenca se tendrá en cuenta el criterio de separación entre las funciones de administración del dominio público hidráulico y las demás.

Artículo 14. Reglamento de Dominio Público Hidráulico

1. Se considera zona inundable los terrenos que puedan resultar inundados por los niveles teóricos que alcanzarían las aguas en las avenidas cuyo período estadístico de retorno sea de 500 años, atendiendo a estudios geomorfológicos, hidrológicos e hidráulicos, así como de series de avenidas históricas y documentos o evidencias históricas de las mismas en los lagos, lagunas, embalses, ríos o arroyos. Estos terrenos cumplen labores de retención o alivio de los flujos de agua y carga sólida transportada durante dichas crecidas o de resguardo contra la erosión. Estas zonas se declararán en los lagos, lagunas, embalses, ríos o arroyos.

La calificación como zonas inundables no alterará la calificación jurídica y la titularidad dominical que dichos terrenos tuviesen.

2. Los organismos de cuenca darán traslado a las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de los datos y estudios disponibles sobre avenidas, al objeto de que se tengan en cuenta en la planificación del suelo, y en particular, en las autorizaciones de usos que se acuerden en las zonas inundables.

Artículo 9. Reglamento de Dominio Público Hidráulico

1. En la zona de policía de 100 metros de anchura medidos horizontalmente a partir del cauce quedan sometidos a lo dispuesto en este Reglamento las siguientes actividades y usos del suelo:

- a) Las alteraciones sustanciales del relieve natural del terreno.
- b) Las extracciones de áridos.
- c) Las construcciones de todo tipo, tengan carácter definitivo o provisional.

d) Cualquier otro uso o actividad que suponga un obstáculo para la corriente en régimen de avenidas o que pueda ser causa de degradación o deterioro del estado de la masa de agua, del ecosistema acuático, y en general, del dominio público hidráulico.

2. Sin perjuicio de la modificación de los límites de la zona de policía, cuando concurra alguna de las causas señaladas en el artículo 6.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA), la zona de policía podrá ampliarse, si ello fuese necesario, para incluir la zona o zonas donde se concentra preferentemente el flujo, al objeto específico de proteger el régimen de corrientes en avenidas, y reducir el riesgo de producción de daños en personas y bienes. En estas zonas o vías de flujo preferente sólo podrán ser autorizadas aquellas actividades no vulnerables frente a las avenidas

y que no supongan una reducción significativa de la capacidad de desagüe de dichas zonas, en los términos previsto en los artículos 9 bis, 9 ter y 9 quáter.

La zona de flujo preferente es aquella zona constituida por la unión de la zona o zonas donde se concentra preferentemente el flujo durante las avenidas, o vía de intenso desagüe, y de la zona donde, para la avenida de 100 años de periodo de retorno, se puedan producir graves daños sobre las personas y los bienes, quedando delimitado su límite exterior mediante la envolvente de ambas zonas.

A los efectos de la aplicación de la definición anterior, se considerará que pueden producirse graves daños sobre las personas y los bienes cuando las condiciones hidráulicas durante la avenida satisfagan uno o más de los siguientes criterios:

- a) Que el calado sea superior a 1 m.
- b) Que la velocidad sea superior a 1 m/s.
- c) Que el producto de ambas variables sea superior a 0,5 m²/s.

Se entiende por vía de intenso desagüe la zona por la que pasaría la avenida de 100 años de periodo de retorno sin producir una sobreelevación mayor que 0,3 m, respecto a la cota de la lámina de agua que se produciría con esa misma avenida considerando toda la llanura de inundación existente. La sobreelevación anterior podrá, a criterio del organismo de cuenca, reducirse hasta 0,1 m cuando el incremento de la inundación pueda producir graves perjuicios o aumentarse hasta 0,5 m en zonas rurales o cuando el incremento de la inundación produzca daños reducidos.

En la delimitación de la zona de flujo preferente se empleará toda la información de índole histórica y geomorfológica existente, a fin de garantizar la adecuada coherencia de los resultados con las evidencias físicas disponibles sobre el comportamiento hidráulico del río.

3. La modificación de los límites de la zona de policía, cuando concurra alguna de las causas señaladas en el apartado 2 del presente artículo, solo podrá ser promovida por la Administración General del Estado, autonómica o local.

La competencia para acordar la modificación corresponderá al organismo de cuenca, debiendo instruir al efecto el oportuno expediente en el que deberá practicarse el trámite de información pública y el de audiencia a los ayuntamientos y comunidades autónomas en cuyo territorio se encuentren los terrenos gravados y a los propietarios afectados. La resolución deberá ser motivada y publicada, al menos, en el Boletín Oficial de las provincias afectadas.

4. La ejecución de cualquier obra o trabajo en la zona de policía de cauces precisará autorización administrativa previa del organismo de cuenca, sin perjuicio de los supuestos especiales regulados en este Reglamento. Dicha autorización será independiente de cualquier otra que haya de ser otorgada por los distintos órganos de las Administraciones públicas.

En consonancia con ello se encuentran los artículos 9 bis, 9 ter y 9 quáter del mismo texto.

4. ¿Cuáles son los requisitos para que sea admisible un documento firmado electrónicamente?

Para que pueda tenerse por válida la firma inserta en un documento presentado en el Registro de la Propiedad es necesario que la misma cuente con legitimación notarial, reconocimiento ante la registradora o tratarse de firma electrónica reconocida, destacando en cuanto a esta última la necesidad de que sea reconocida, no bastando cualquier firma incorporada por medios informáticos o electrónicos.

En términos expresados por el artículo 3 de la ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, para que pueda considerarse como firma electrónica reconocida y, por tanto, tenga respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel ha de cumplirse que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

Así, para que la firma electrónica sea admisible y atribuible a persona determinada es necesario:

1. Que conste en documento electrónico y que incorpore un sistema de verificación que permita la comprobación del cumplimiento de

los requisitos de la firma según la norma citada, incluso si se presenta traslado a papel del documento electrónico firmado electrónicamente.

2. Que se haya generado **mediante un dispositivo seguro de creación de firma**

3. Que dicha firma tenga su origen en un **certificado reconocido**, entendiéndose por tal un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad.

Para tener por firmados los documentos y acreditada la identidad del firmante a los efectos de admisión de los mismos y servir de fundamento a un asiento registral de acuerdo con el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, habrá de ser objeto de calificación que la firma electrónica cumple tales requisitos.

Artículo 3. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

Firma electrónica, y documentos firmados electrónicamente.

1. La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.

2. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su exclusivo control.

3. Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

5. Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo deberá cumplirse, respectivamente, con lo dispuesto en las letras a) o b) del apartado siguiente y, en su caso, en la normativa específica aplicable.

6. El documento electrónico será soporte de:

a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.

b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.

c) Documentos privados.

7. Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable.

8. El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica.

La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado positivo, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado dicho

documento electrónico siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 120 a 600 euros.

Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

9. No se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica.

10. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas.

11. Todos los sistemas de identificación y firma electrónica previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público tendrán plenos efectos jurídicos.

Artículo 6. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

Concepto de certificado electrónico y de firmante.

1. Un certificado electrónico es un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad.

2. El firmante es la persona que utiliza un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en nombre de una persona física o jurídica a la que representa.

Artículo 25. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

Dispositivos de verificación de firma electrónica.

1. Los datos de verificación de firma son los datos, como códigos o claves criptográficas públicas, que se utilizan para verificar la firma electrónica.

2. Un dispositivo de verificación de firma es un programa o sistema informático que sirve para aplicar los datos de verificación de firma.

3. Los dispositivos de verificación de firma electrónica garantizarán, siempre que sea técnicamente posible, que el proceso de verificación de una firma electrónica satisfaga, al menos, los siguientes requisitos:

a) Que los datos utilizados para verificar la firma correspondan a los datos mostrados a la persona que verifica la firma.

b) Que la firma se verifique de forma fiable y el resultado de esa verificación se presente correctamente.

c) Que la persona que verifica la firma electrónica pueda, en caso necesario, establecer de forma fiable el contenido de los datos firmados y detectar si han sido modificados.

d) Que se muestren correctamente tanto la identidad del firmante o, en su caso, conste claramente la utilización de un seudónimo, como el resultado de la verificación.

e) Que se verifiquen de forma fiable la autenticidad y la validez del certificado electrónico correspondiente.

f) Que pueda detectarse cualquier cambio relativo a su seguridad.

4. Asimismo, los datos referentes a la verificación de la firma, tales como el momento en que ésta se produce o una constatación de la validez del certificado electrónico en ese momento, podrán ser almacenados por la persona que verifica la firma electrónica o por terceros de confianza.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 2019

Disposición 16379 del BOE núm. 274 de 2019

5. Existen en el historial registral de una finca dos hipotecas consecutivas a favor de una misma entidad y por nota al margen de la primera consta nota de expedición de certificación de cargas. Tras ellas y posterior a la nota marginal hay una anotación preventiva de embargo. Se presenta testimonio de decreto de adjudicación librado en el mismo procedimiento en que se expidió la certificación, pero del mismo resulta haberse despachado ejecución por la cantidad adeudada por las dos obligaciones garantizadas, alegándose la acumulación de procedimientos de ejecución de ambas hipotecas y señalándose que el sobrante queda a disposición del anotante. ¿Puede practicarse la inscripción de la adjudicación y cancelación de cargas?

Un único acreedor mantiene frente a un mismo deudor dos derechos de crédito, garantizados cada uno de ellos con derecho real de hipoteca, cada uno con su correspondiente rango, pero en todo caso consecutivos en el historial registral de la finca sin existir titulares o anotantes entre ambas.

Siendo ambos créditos vencidos líquidos y exigibles, despachada ejecución por el primero de ellos y expedida la certificación de cargas prevista en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el testimonio de decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas reflejan el hecho de haberse requerido el pago de ambas deudas y despachado ejecución por las mismas, ejecutándose ambas hipotecas en el mismo procedimiento, al que se ha acumulado la ejecución hipotecaria del segundo derecho de garantía.

Adjudicada la finca, se imputa el importe al pago de ambas deudas y, existiendo sobrante, queda el mismo a disposición del anotante posterior a ambas hipotecas.

Dado que los artículos 132, 133 de la Ley Hipotecaria y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exigen que lo entregado al acreedor en pago de las cantidades adeudadas no exceda de la cobertura hipotecaria y que, excediendo del importe total del crédito se consigne a disposición de los acreedores posteriores, el derecho del anotante no queda perjudicado por la existencia de acumulación de garantías reales inscritas preferentes a la anotación preventiva practicada a su favor, dado que se mantiene la prioridad registral y salvaguarda de los efectos de la fe pública registral en términos contemplados por los citados preceptos, en tanto que el resultado en cuanto al rango habría sido el mismo en el caso de llevarse a cabo ejecuciones separadas. El resultado es una economía procesal que en nada perturba las preferencias civiles y registrales de los créditos y derechos, por lo que los documentos son inscribibles en los términos en que han sido presentados.

Artículo 132. Ley Hipotecaria

A los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del registrador se extenderá a los extremos siguientes:

1.º Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.

2.º Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación.

3.º Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria.

4.º Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores.

Artículo 133. Ley Hipotecaria

El testimonio expedido por el Secretario judicial comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El mandamiento de cancelación de cargas y el testimonio del decreto de remate o adjudicación podrán constar en un solo documento en el que se consignará, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y la cancelación

Artículo 673. Inscripción de la adquisición: título

Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el Letrado de la Administración de Justicia, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.

El testimonio expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria.

Artículo 674. Cancelación de cargas

A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación.

Asimismo, el Letrado de la Administración de Justicia mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados.

También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación.

A instancia de parte, el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se remitirán electrónicamente al Registro o Registros de la Propiedad correspondientes.

6. En el historial registral de la finca constan practicadas varias anotaciones preventivas de embargo, derivadas cada una de ellas en distintos procedimientos seguidos ante los tribunales de la jurisdicción social, constando la acumulación de todos ellos. ¿Es posible hacer constar la mejora del embargo cuando del mandamiento resulta que no se trata de nuevos vencimientos de la misma obligación o intereses o costas de la misma?

En términos de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 2017, el artículo 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determina que: «1. Si, despachada ejecución por deuda de una cantidad líquida, venciera algún plazo de la misma obligación en cuya virtud se procede, o la obligación en su totalidad, se entenderá ampliada la ejecución por el importe correspondiente a los nuevos vencimientos de principal e intereses, si lo pidiere así el actor y sin necesidad de retrotraer el procedimiento. 2. La ampliación de la ejecución podrá solicitarse en la demanda ejecutiva. En este caso, al notificarle el auto que despache la ejecución, se advertirá al ejecutado que la ejecución se entenderá ampliada automáticamente si, en las fechas de vencimiento, no se hubieren consignado a disposición del Juzgado las cantidades correspondientes. Cuando el ejecutante solicite la ampliación automática de la ejecución,

deberá presentar una liquidación final de la deuda incluyendo los vencimientos de principal e intereses producidos durante la ejecución. Si esta liquidación fuera conforme con el título ejecutivo y no se hubiera consignado el importe de los vencimientos incluidos en ella, el pago al ejecutante se realizará con arreglo a lo que resulte de la liquidación presentada. 3. La ampliación de la ejecución será razón suficiente para la mejora del embargo y podrá hacerse constar en la anotación preventiva de éste conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 613 de esta Ley. En el caso del apartado anterior, la ampliación de la ejecución no comportará la adopción automática de estas medidas, que sólo se acordarán, si procede, cuando el ejecutante las solicite después de cada vencimiento que no hubiera sido atendido». Por su parte, el artículo 613 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que: «1. El embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los intereses que procedan y las costas de la ejecución. 2. Sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando los bienes sean de las clases que permiten la anotación preventiva de su embargo, la responsabilidad de los terceros poseedores que hubieran adquirido dichos bienes en otra ejecución, tendrá como límite las cantidades que, para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en que aquéllos hubieran inscrito su adquisición. 4. El ejecutante podrá pedir que se mande hacer constar en la anotación preventiva de embargo el aumento de la cantidad prevista en concepto de intereses devengados durante la ejecución y de costas de ésta, acreditando que unos y otras han superado la cantidad que, por tales conceptos, constara en la anotación anterior».

La doctrina de este Centro Directivo se ha ido consolidando y concretando a lo largo del tiempo, de tal manera que ha permitido la llamada ampliación de embargo no sólo por nuevos intereses y costas generados a lo largo del procedimiento ejecutivo, sino incluso por nuevos importes del principal de la deuda que genera el apremio, siempre que tuviesen el mismo origen que el débito original y que por ello pudiesen ser exigidos en el mismo procedimiento, como ocurre en los nuevos vencimientos de una deuda de duración periódica.

Al encontrarnos en procedimientos seguidos en el juzgado de lo social y tratarse de deudas salariales, cabría dudar sobre la naturaleza del débito original y, por tanto, los sucesivos salarios impagados son nuevos vencimientos de una única obligación, entendida por tal la derivada del contrato de trabajo.

Sin embargo, atendido el contenido de los artículos 26 y 29 del Estatuto de los Trabajadores, serán salario las percepciones económicas debidas a los trabajadores por la prestación profesional desarrollada correspondiente a la unidad de tiempo o de obra fijada, de modo que una vez finalizado el período de tiempo o unidad temporal contemplada en el contrato, cada uno de los salarios se convierte en deuda líquida, vencida y exigible.

Esta peculiaridad hace que los vencimientos de salarios ulteriores a las deudas aseguradas por las anotaciones ya practicadas no se puedan considerar nuevos vencimientos del principal, sino nuevas deudas vencidas respecto de las que únicamente proceda practicar nueva anotación preventiva de embargo a la que corresponderá la prioridad y rango pertinente atendiendo la fecha del asiento de presentación del mandamiento en cuya virtud se practica, en estricto cumplimiento del artículo 24 de la Ley Hipotecaria según el cual se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma y no a la fecha de la anotación preventiva de embargo cuya ampliación se pretendió.

Artículo 26. del Estatuto de los Trabajadores. Del salario

1. Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo.

El salario es la retribución fijada por unidad de tiempo o de obra, sin atender a las circunstancias que pueden originar el derecho al percibo de complementos salariales. Su pago se regula en el [artículo 29 ET](#) y se tiene que realizar en el lugar previamente convenido y después de que la persona trabajadora haya realizado el trabajo correspondiente al periodo de tiempo que se fije (días, semanas o meses).

Artículo 29. del Estatuto de los Trabajadores. Liquidación y pago

1. La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. El periodo de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 2017

[Disposición 12000 del BOE núm. 253 de 2017](#)

7. Dos sujetos venden una finca a una SL que interviene representada por su administrador único, identificándose como medio de pago la compensación con una deuda que tienen con la sociedad compradora en cuanto a una parte y para pago del resto del precio la sociedad compradora se va a subrogar en la posición de deudor respecto a una obligación que el vendedor tiene contraída con otra sociedad de la que es administrador único el mismo individuo, de modo que interviene el mismo en representación de las sociedades acreedora y deudora, sin que ninguna de ellas sea unipersonal.

Frente a los diversos grados de ineficacia del autocontrato del artículo 1459 del Código Civil, el conflicto de intereses en el ámbito societario provoca unos efectos diversos dado que no solo se contemplan acciones de responsabilidad frente al administrador que incumple su deber de abstención ante un eventual conflicto de interés, sino también acciones (artículo 232 Ley de Sociedades de Capital) que pueden comprometer la eficacia del acto otorgado, como las que se dirigen a la cesación de sus efectos, y su impugnación o anulación. Ahora bien, este supuesto de ineficacia previsto en el artículo 232 Ley de Sociedades de Capital por infracción del deber de lealtad, debe compaginarse, a su vez, con el ámbito de representación del órgano de administración.

Visto el artículo 234 de la Ley de sociedades de capital desde una perspectiva general puede afirmarse que el acto realizado infringiendo el deber de lealtad pudiera tenerse por eficaz, desde el punto de vista representativo, (dejando acaso la salvedad de supuestos en que del documento presentado resulte patente su nulidad) en tanto no se declare judicialmente su ineficacia, para lo cual parece que habría de concurrir también otro elemento, ajeno al juicio de suficiencia de la representación, como es el de la producción de un daño a la compañía.

El conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del artículo 1259 del Código Civil, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado, porque en este caso, la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y como es sabido el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social

De este modo, los supuestos de conflicto de intereses y la relación de personas vinculadas a los administradores, que enumera el artículo 231, con carácter general, debe quedar sujeto al régimen de los artículos 227.2 y 232 de la Ley de Sociedades de Capital y su control ha de ser judicial, en el ámbito procesal en que se pueda ejercer el derecho a la defensa y llevar a cabo una prueba contradictoria, salvo que el conflicto sea notorio y afecte al propio ámbito representativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital.

Sin embargo, tal presunción de eficacia únicamente será aplicable a los supuestos de concurrencia de intereses o conflicto de interés sin perjuicio para ninguno de los entes jurídicos representados pero no a los supuestos de autocontratación en sentido estricto y en los que la misma una persona interviene en un mismo contrato en su propio nombre y en el de la otra parte contratante o cuando el mismo individuo representa a ambas partes en el negocio jurídico, cual es el caso que nos ocupa al concurrir en un solo sujeto el carácter de administrador de la sociedad acreedora y de la sociedad que se constituye en deudora, habiendo aceptado la primera la subrogación de la segunda en la posición jurídica del deudor originario como parte del precio de compra de una finca perteneciente al deudor inicial.

Entendido el concepto de autocontratación, la doctrina mayoritaria interpreta los artículos 1.459.2.o del Código civil y 267 del Código de comercio como preceptos concordantes, de lo que se desprende que el comitente o el mandante se hallan investidos desde luego del poder jurídico de autorizar previamente o de ratificar la autocompra verificada.

La *autocontratación es válida y eficaz*:

- Cuando viene precedida por la licencia o dispensa del poderdante.
- Cuando con la misma no se produce conflicto de intereses.

Es clara la existencia de un supuesto de autocontratación por concurrir la posición jurídica de acreedor y deudor en personas jurídicas distintas pero representadas en el acto por una misma persona física, por lo que será necesaria la autorización o aprobación de la Junta de ambas sociedades para tener por válidamente prestado el consentimiento a la celebración del acto jurídico de subrogación en la posición jurídica del deudor, al ser el órgano del que emana la voluntad social de acuerdo con el artículo 160 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Artículo 1205. Código Civil

La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor.

Artículo 1259. Código Civil

Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.

Artículo 1459. Código Civil

No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:

1.º Los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo, los bienes de la persona o personas a quienes representen.

2.º Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados.

3.º Los albaceas, los bienes confiados a su cargo.

4.º Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los Municipios, de los pueblos y de los establecimientos también públicos, de cuya administración estuviesen encargados.

Esta disposición regirá para los Jueces y peritos que de cualquier modo intervienen en la venta.

5.º Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio Fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de Justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión.

Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, o de cesión en pago de créditos, o de garantía de los bienes que posean.

La prohibición contenida en este número 5.º comprenderá a los Abogados y Procuradores respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio.

Artículo 231. Código Civil. Personas vinculadas a los administradores

1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:

d) Las sociedades o entidades en las cuales el administrador posee directa o indirectamente, incluso por persona interpuesta, una participación que le otorgue una influencia significativa o desempeña en ellas o en su sociedad dominante un puesto en el órgano de administración o en la alta dirección. A estos efectos, se presume que otorga influencia significativa cualquier participación igual o superior al 10 % del capital social o de los derechos de voto o en atención a la cual se ha podido obtener, de hecho o de derecho, una representación en el órgano de administración de la sociedad.

Artículo 234. Código Civil. Ámbito del poder de representación

1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social

Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de julio de 2019

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/09/25/pdfs/BOE-A-2019-13607.pdf>

Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 2004

<https://boe.es/boe/dias/2021/05/24/pdfs/BOE-A-2021-8616.pdf>

Casos prácticos Seminario 25-5-2022

1. Se procede a la partición de herencia de causante que fallece teniendo descendientes del primer matrimonio, compareciendo sólo la viuda, segunda esposa, quien manifiesta que se aparta expresamente a la única hija del primer matrimonio, pues tal y como resulta del testamento, tanto esta como sus descendientes recibieron asignaciones.

En el citado testamento se instituye heredera única a la viuda, e indica el testador quienes son sus nietos para el supuesto de tener que designar legitimarios.

La viuda, que no es nombrada comisaria y a quien no se confiere poder testatorio, liquida la sociedad conyugal, acepta la herencia y se adjudica la totalidad de la misma interviniendo únicamente ella en el otorgamiento. ¿Puede practicarse la inscripción o es necesaria la intervención de los legitimarios?

Aunque tratándose de heredero único no sería preciso realizar partición, sin embargo, si hay legitimarios debe realizarse un inventario y avalúo de los bienes a los efectos de determinar su cuota legitimaria en el haber líquido del caudal relicto, lo que exige su intervención en dichas operaciones.

Por tanto, se impone la intervención del legitimario en la partición porque el inventario de bienes, su avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima.

Ello no obstante, dado el carácter colectivo de la legítima y su condición de *pars valoris bonorum* cuando la sucesión ha de regirse por la legislación civil vasca, **será suficiente con la concurrencia de un legitimario** para tener por cumplido el principio de universalidad de la partición establecido en el artículo 1058 del Código Civil y que el acto sea, por tanto, inscribible.

Artículo 48. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. La legítima

1. La legítima es una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo.

2. El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita.

3. La omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito.

4. La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento.

5. La legítima puede ser objeto de renuncia, aun antes del fallecimiento del causante, mediante pacto sucesorio entre el causante y el legitimario. Salvo renuncia de todos los legitimarios, se mantendrá la intangibilidad de la legítima para aquéllos que no la hayan renunciado.

Artículo 49. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Cuantía de la legítima de los descendientes

La cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario

Artículo 58. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Cálculo de la legítima

Para el cálculo de la cuota de legítima se tomará el valor de todos los bienes de la sucesión al tiempo en que se perfeccione la delación sucesoria, con deducción de deudas y cargas. Al valor líquido se le adicionará el de las donaciones computables entendiendo por tales todas aquellas en las que no medie apartamiento expreso o se efectúe a favor de quien no sea sucesor forzoso.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de marzo de 2006

[A13845-13846 \(boe.es\)](https://boe.es)

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de junio de 2017

[Disposición 8805 del BOE núm. 176 de 2017](https://boe.es)

2. ¿Es posible modificar la cabida inscrita en virtud de certificación catastral y licencia de segregación o división de las que resulte la descripción consignada en el título?

Una vez incorporada la descripción de la finca al Registro de la Propiedad, la inexactitud de la misma únicamente podrá ser rectificadas por medio de los procedimientos establecidos en la legislación hipotecaria y sectorial aplicable, tal y como resulta de los artículos 39 y 40 de la Ley Hipotecaria, 198, 199 y 201 de la misma.

En particular, cuando la inexactitud se refiera a la superficie consignada en la descripción de la finca, el procedimiento habilitado para su rectificación es:

a) el regulado en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria,

b) podrá igualmente procederse a la rectificación como consecuencia de la incorporación de la representación gráfica de la finca siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, tal y como resulta del artículo 198.1 y 3 de la Ley Hipotecaria, al tener por objeto inscribir la ubicación y delimitación geográfica de las fincas, y con ella, su superficie y linderos, rectificando, si fuera preciso, la previa descripción literaria, como ordena el art. 9.b LH

Quedarán únicamente excluidos aquellos supuestos contemplados en el artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria, que permiten prescindir de tales procedimientos y practicar la rectificación de la cabida y permiten hacerlo:

1. Cuando la diferencia de cabida no exceda del 10% de la cabida inscrita, sea por exceso o por defecto, mediante la certificación catastral descriptiva y gráfica siempre que de los datos descriptivos respectivos se desprenda la plena coincidencia entre la parcela objeto del certificado y la finca inscrita.

2. Cuando la diferencia alegada no exceda del 5% de la cabida inscrita, por la reseña de dicha diferencia en el título.

Téngase en cuenta que en todos estos supuestos la premisa es que se trate de rectificación de un error en la descripción obrante del registro, es decir, que exista una medición o descripción originada en el error al efectuarla, quedando excluida la posibilidad de inscribir como rectificación de superficie supuestos en los que la mayor o menor superficie de las fincas se deba a operaciones de agrupación, segregación, división o agregación de fincas. En estos supuestos será necesaria la presentación de los títulos en los que se documenten las indicadas operaciones.

Artículo 198. de la Ley Hipotecaria

La concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral se podrá llevar a efecto mediante alguno de los siguientes procedimientos:

1.º La inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro.

2.º El deslinde registral de la finca.

3.º La rectificación de su descripción.

4.º La inscripción de plantaciones, edificaciones, instalaciones y otras mejoras incorporadas a la finca.

5.º La inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna.

6.º Las operaciones registrales sobre bienes de las Administraciones Públicas, en virtud de certificación administrativa.

7.º El expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido.

8.º El procedimiento de subsanación de la doble o múltiple inmatriculación.

9.º El expediente de liberación registral de cargas o gravámenes extinguidos por prescripción, caducidad o no uso.

Los procedimientos contenidos en este Título podrán acumularse cuando su finalidad sea compatible y recaiga en el mismo funcionario la competencia para su tramitación, debiendo integrarse coetáneamente, si es posible, o sucesivamente en otro caso, la totalidad de los trámites exigidos para cada uno de ellos.

La desestimación de la pretensión del promotor en cualquiera de los expedientes regulados en este Título no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél.

Artículo 9.1.b de la Ley Hipotecaria

Siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

Asimismo, dicha representación podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica. En ambos casos se aplicarán los requisitos establecidos en el artículo 199.

Para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa.

En todo caso, la representación gráfica alternativa habrá de respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la cartografía catastral. Si la representación gráfica alternativa afectara a parte de parcelas catastrales, deberá precisar la delimitación de las partes afectadas y no afectadas,

y el conjunto de ellas habrá de respetar la delimitación que conste en la cartografía catastral. Dicha representación gráfica deberá cumplir con los requisitos técnicos que permitan su incorporación al Catastro una vez practicada la operación registral.

La representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público.

Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes.

Una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria. El Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación.

A efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, en los supuestos de falta o insuficiencia de los documentos suministrados, el Registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación.

Todos los Registradores dispondrán, como elemento auxiliar de calificación, de una única aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores e integrada en su sistema informático único, bajo el principio de neutralidad tecnológica, para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente. Dicha aplicación y sus diferentes actualizaciones habrán de ser homologadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, para establecer el cumplimiento de los requisitos de protección y seguridad adecuados a la calidad de los datos.

Los Registradores de la Propiedad no expedirán más publicidad gráfica que la que resulte de la representación gráfica catastral, sin que pueda ser objeto de tal publicidad la información gráfica contenida en la referida aplicación, en cuanto elemento auxiliar de calificación. Solo en los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa, ésta podrá ser objeto de publicidad registral hasta el momento en que el Registrador haga constar que la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro. Hasta entonces, se hará constar en esta publicidad el hecho de no haber sido validada la representación gráfica por el Catastro. Asimismo, podrá ser objeto de publicidad registral la información procedente de otras bases de datos, relativa a las fincas cuya representación gráfica catastral haya quedado o vaya a quedar incorporada al folio real.

Artículo 199. Ley Hipotecaria

1. El titular registral del dominio o de cualquier derecho real sobre finca inscrita podrá completar la descripción literaria de la misma acreditando su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie, mediante la aportación de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica.

El Registrador sólo incorporará al folio real la representación gráfica catastral tras ser notificada a los titulares registrales del dominio de la finca si no hubieran iniciado éstos el procedimiento, así como a los de las fincas registrales colindantes afectadas. La notificación se hará de forma personal. En el caso de que alguno de los interesados fuera desconocido, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, no fuera efectiva la notificación, se hará mediante edicto insertado en el “Boletín Oficial del Estado”, sin perjuicio de utilizar, en todo caso, el sistema de alertas previsto en la regla séptima del artículo 203. Los así convocados o notificados podrán comparecer en el plazo de los veinte días siguientes ante el Registrador para alegar lo que a su derecho convenga. Cuando las fincas colindantes estén divididas en régimen de propiedad horizontal, la notificación se realizará al representante de la comunidad de propietarios. No será precisa la notificación a los titulares registrales de las fincas colindantes cuando se trate de pisos, locales u otros elementos situados en fincas divididas en régimen de propiedad horizontal.

La certificación gráfica aportada, junto con el acto o negocio cuya inscripción se solicite, o como operación específica, será objeto de calificación registral conforme a lo dispuesto en el artículo 9.

El Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio pú-

blico, circunstancia que será comunicada a la Administración titular del inmueble afectado. En los demás casos, y la vista de las alegaciones efectuadas, el Registrador decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción. La calificación negativa podrá ser recurrida conforme a las normas generales.

Si la incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica fuera denegada por la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, el promotor podrá instar el deslinde conforme al artículo siguiente, salvo que los colindantes registrales afectados hayan prestado su consentimiento a la rectificación solicitada, bien en documento público, bien por comparecencia en el propio expediente y ratificación ante el Registrador, que dejará constancia documental de tal circunstancia, siempre que con ello no se encubran actos o negocios jurídicos no formalizados e inscritos debidamente.

En caso de calificación positiva, la certificación catastral descriptiva y gráfica se incorporará al folio real y se hará constar expresamente que la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro, circunstancia que se notificará telemáticamente al mismo y se reflejará en la publicidad formal que de la misma se expida.

2. Cuando el titular manifieste expresamente que la descripción catastral no se corresponde con la realidad física de su finca, deberá aportar, además de la certificación catastral descriptiva y gráfica, una representación gráfica georreferenciada alternativa.

El Registrador, una vez tramitado el procedimiento de acuerdo con el apartado anterior, en el que además se deberá notificar a los titulares catastrales colindantes afectados, incorporará la representación gráfica alternativa al folio real, y lo comunicará al Catastro a fin de que incorpore la rectificación que corresponda de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 18 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo.

Practicada la alteración, el Catastro lo comunicará al Registrador, a efectos de que este haga constar la circunstancia de la coordinación e incorpore al folio real la nueva representación gráfica catastral de la finca.

La representación gráfica alternativa solo podrá ser objeto de publicidad registral hasta el momento en que el Catastro notifique la práctica de la alteración catastral, y el Registrador haga constar que la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro.

Artículo 201. Ley Hipotecaria

1. El expediente para rectificar la descripción, superficie o linderos de cualquier finca registral se tramitará siguiendo las reglas prevenidas en el artículo 203, con las siguientes particularidades:

a) Podrá promoverlo el titular registral de la totalidad o de una cuota indivisa en el dominio, o de cualquier derecho real, mediante la aportación al Notario de la descripción registral de la finca y su descripción actualizada, asegurando bajo su responsabilidad que las diferencias entre ambas obedecen exclusivamente a errores descriptivos del Registro y no a la celebración de negocios traslativos o en general a cualquier modificación, no registrada, de la situación jurídica de la finca inscrita.

b) Asimismo deberá el interesado expresar los datos de que disponga sobre la identidad y domicilio de los titulares del dominio y demás derechos reales sobre la propia finca y sobre las colindantes tanto registrales como catastrales, aportando, en todo caso, la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca o fincas objeto del expediente. Además, en caso de que el promotor manifieste que la representación gráfica catastral no coincide con la rectificación solicitada, deberá aportar representación gráfica georreferenciada de la misma.

c) No será de aplicación al expediente regulado en el presente artículo lo dispuesto en el apartado c) de la regla segunda, los apartados d) y e) de la regla quinta y el último párrafo de la regla sexta del artículo 203. En cuanto a la regla tercera, el contenido de las certificaciones se entenderá limitado a la rectificación cuya inscripción se solicita.

d) En el supuesto de que se haya aportado representación gráfica alternativa, el Notario procederá conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo de la letra c) del apartado 2 del artículo 18 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

e) No podrá tramitarse el expediente regulado en los apartados anteriores para la rectificación descriptiva de edificaciones, fincas o elementos integrantes de cualquier edificio en régimen de división horizontal o fincas resultantes de expediente administrativo de reorganización de la propiedad, expropiación o deslinde. En tales casos, será necesaria la rectificación del título original o la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente.

Si el Registrador, a la vista de las circunstancias concurrentes en el expediente y del contenido del historial de las fincas en el Registro, albergare dudas fundadas sobre la posibilidad de que el expediente de rectificación de descripción registral encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipote-

caria, procederá a suspender la inscripción solicitada motivando las razones en que funde tales dudas.

2. Podrá, no obstante, realizarse la rectificación de la descripción de cualquier finca, sin necesidad de tramitación de expediente, cuando se trate de alteración de su calificación o clasificación, destino, características físicas distintas de la superficie o los linderos, o los datos que permitan su adecuada localización o identificación, tales como el nombre por el que fuere conocida la finca o el número o denominación de la calle, lugar o sitio en que se encuentre, siempre que, en todos los casos, la modificación se acredite de modo suficiente, en la forma que se determine reglamentariamente.

3. Tampoco será necesario tramitar el expediente de rectificación para la constatación de diferencias de cabida de la finca inscrita, en los siguientes supuestos:

a) Cuando las diferencias de cabida no excedan del diez por ciento de la inscrita y se acredite mediante certificación catastral descriptiva y gráfica, siempre que de los datos descriptivos respectivos se desprenda la plena coincidencia entre la parcela objeto del certificado y la finca inscrita.

b) En los supuestos de rectificación de la superficie, cuando la diferencia alegada no exceda del cinco por ciento de la cabida que conste inscrita.

En ambos casos será necesario que el Registrador, en resolución motivada, no albergue dudas sobre la realidad de la modificación solicitada, fundadas en la previa comprobación, con exactitud, de la cabida inscrita, en la reiteración de rectificaciones sobre la misma o en el hecho de proceder la finca de actos de modificación de entidades hipotecarias, como la segregación, la división o la agregación, en los que se haya determinado con exactitud su superficie. Realizada la operación registral, el Registrador la notificará a los titulares registrales de las fincas colindantes.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado. 21 de Octubre de 2015

Disposición 12621 del BOE núm. 280 de 2015

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. 4 de febrero de 2020

Disposición 6781 del BOE núm. 177 de 2020

3. ¿Es inscribible una agrupación cuando la descripción de la finca agrupada coincide con la suma de la superficie inscrita de las fincas que se agrupan, pero difiere de la que arroja la representación gráfica que se acompaña al título?

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria establece en su apartado 1.b que siempre que se realicen operaciones de agrupación o agregación, la inscripción deberá contener la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

A tal efecto, del mismo artículo resulta que se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes.

En consecuencia, para que proceda la inscripción de los actos de agrupación o agregación es requisito inexcusable que la información gráfica aportada sea coincidente con la literaria que resulte de los datos registrales y consignados en el título o que, en el caso de existir diferencia, ésta se encuentre dentro de los límites que según el artículo 9 permiten considerar que existe identidad.

Artículo 9.1.b de la Ley Hipotecaria

Siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

Asimismo, dicha representación podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica. En ambos casos se aplicarán los requisitos establecidos en el artículo 199.

Para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa.

En todo caso, la representación gráfica alternativa habrá de respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la cartografía catastral. Si la representación gráfica alternativa afectara a parte de parcelas catastrales, deberá precisar la delimitación de las partes afectadas y no afectadas, y el conjunto de ellas habrá de respetar la delimitación que conste en la cartografía catastral. Dicha representación gráfica deberá cumplir con los requisitos técnicos que permitan su incorporación al Catastro una vez practicada la operación registral.

La representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público.

Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes.

Una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria. El Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación.

A efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, en los supuestos de falta o insuficiencia de los documentos suministrados, el Registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación.

Todos los Registradores dispondrán, como elemento auxiliar de calificación, de una única aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores e integrada en su sistema informático único, bajo el principio de neutralidad tecnológica, para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente. Dicha aplicación y sus diferentes actualizaciones habrán de ser homologadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, para establecer el cumplimiento de los requisitos de protección y seguridad adecuados a la calidad de los datos.

Los Registradores de la Propiedad no expedirán más publicidad gráfica que la que resulte de la representación gráfica catastral, sin que pueda ser objeto de tal publicidad la información gráfica contenida en la referida aplicación, en cuanto elemento auxiliar de calificación. Solo en los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa, ésta podrá ser objeto de publicidad registral hasta el momento en que el Registrador haga constar que la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro. Hasta entonces, se hará constar en esta publicidad el hecho de no haber sido validada la representación gráfica por el Catastro. Asimismo, podrá ser objeto de publicidad registral la información procedente de otras bases de datos, relativa a las fincas cuya representación gráfica catastral haya quedado o vaya a quedar incorporada al folio real.

4. Consta un bien inscrito a favor de dos cónyuges para su sociedad conyugal y habiendo fallecido uno de ellos, la esposa, nombrada comisaria en testamento anterior a la entrada en vigor de la Ley de Derecho Civil vasco de 2015, ¿puede vender la finca con consentimiento de un solo legitimario?

Será inscribible el acto de transmisión siempre que al menos concurra un legitimario con plena capacidad para consentir los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge o pareja superviviente designado comisario representante y administrador del patrimonio hereditario cuando se refieren a bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos pues con la concurrencia de uno de los legitimarios se tiene por cumplida la finalidad de salvaguarda de la legítima colectiva perseguida por el artículo 43.5 de la Ley de Derecho Civil Vasco.

43. 5. Ley de Derecho Civil Vasco

Si existieran legitimarios y los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario representante y administrador del patrimonio hereditario se refiriesen a bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos, será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo los legitimarios menores o incapaces, la autorización judicial.

BIBLIOGRAFÍA
BIBLIOGRAFIA
BIBLIOGRAPHY

Recensión de la obra

El desafío del fortalecimiento de la autonomía local: La Ley de Instituciones Locales de Euskadi

DOÑA AIZBEA ATELA URIARTE

Instituto Vasco de Administración Pública, Vitoria-Gasteiz, 2022

Accesit del Premio Jesús María de Leizaola 2021

ISBN: 978-84-7777-656-7

Esta obra se publica como resultado del trabajo de investigación llevado a cabo por la autora, Aizbea Atela Uriarte, durante la elaboración de su tesis doctoral, defendida el pasado día 11 de diciembre de 2020 en la Universidad de Deusto.

Se trata de un trabajo que aporta un estudio fundamental y necesario sobre la autonomía local, entendida como un ámbito político de decisión que es consustancial a los municipios democráticos como Entidades locales básicas dotadas de legitimidad democrática directa. La importancia del estudio de la autonomía municipal radica en poder contribuir a dar respuesta a las cada vez mayores cotas de autonomía y poder de decisión que reivindican los gobiernos locales necesitados de implementar políticas públicas propias con las que puedan hacer frente a los retos, cada vez más complejos, que la ciudadanía plantea.

Para ello, la autora pone de manifiesto la importancia de que los municipios sean considerados como auténticos niveles territoriales de gobierno, a los que se les reconozcan competencias expresas dotadas de la financiación suficiente y garantizada por un ordenamiento jurídico que proporcione certeza y seguridad.

En este sentido, se realiza un análisis exhaustivo del singular marco jurídico vigente en la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el que la autonomía local ha sido objeto de específica regulación en la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, ley que ha visto la luz después de casi cuarenta años desde que se aprobara el Estatuto de Autonomía del País Vasco.

La hipótesis principal que se trabaja es la de determinar en qué medida el legislador vasco configura una autonomía local vasca propia y diferenciada de la configurada por la legislación básica estatal. En este sentido, la autora ha llevado a cabo una profunda reflexión sobre la relación de los distintos niveles territoriales de gobierno, así como acerca de la necesidad de proyectar las relaciones intraordinamentales en base a una nueva hermenéutica principiológica que tiene relación directa con las expresas reglas contenidas en la Ley de Instituciones Locales de Euskadi.

Todo ello, en respuesta a la referida hipótesis principal de la investigación relativa a la garantía de la centralidad del municipio como nivel territorial imprescindible de gobierno.

Por todo lo expuesto, merece significarse la importancia del tema es, toda vez que, tal y como se concluye en la monografía, el riesgo de ignorar institucionalmente el nivel local de gobierno trae consigo la incapacidad de reacción cercana y rápida de la administración más cercana al ciudadano, sobre todo para afrontar situaciones de emergencia como la que, a la fecha en que se están escribiendo estas líneas de introducción, estamos sufriendo en pleno proceso de desescalada del confinamiento impuesto a la población como primera causa para afrontar la pandemia del COVID 19.

Desde el punto de vista estrictamente formal, la estructura de este trabajo resulta apropiada y coherente, por cuanto se ajusta a los propósitos marcados y permite una comprensión precisa de los contenidos. La presentación resulta, en su conjunto, cuidada y esmerada y es una obra

redactada con un estilo claro y directo, empleando la terminología adecuada; denota amplios y profundos conocimientos, no sólo de la materia particular que explora, sino del Derecho Administrativo en general; y pone de manifiesto una capacidad notable de estudio, análisis, argumentación e interpretación.

La metodología empleada también es acertada. A la identificación, recopilación y examen detallado de abundantes fuentes doctrinales, normativas, jurisprudenciales e institucionales, se le une una rica y exhaustiva bibliografía de apoyo que se recoge, bien en las notas al pie de página, bien al final del trabajo.

Por último, hay que destacar la gran utilidad de las conclusiones alcanzadas, ya que, además de brindar un marco teórico de referencia para futuras investigaciones en torno a los planteamientos mostrados, pueden servir de respaldo para su aplicación práctica en el ámbito del Derecho local.

Vega María ARNÁEZ ARCE

Profesora de Derecho Administrativo
de la Universidad de Deusto

NORMAS DE PUBLICACIÓN
ARGITALPENERAKO ARAUAK
PUBLICATION STANDARDS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Contenido

JADO publica, con carácter anual a partir de 2021, trabajos de investigación jurídica y notas (recensiones y comentarios normativos y jurisprudenciales).

Todo ello sin perjuicio de la publicación de números especiales y extraordinarios, cuya periodicidad se ajustará a la convocatoria correspondiente.

2. Frecuencia de la publicación: anual.

3. Envío de originales

Los originales han de ser inéditos y deberán ser enviados a la Dirección de la revista, mediante correo electrónico remitido a la siguiente cuenta: secretaria@avd-zea.com

4. Derechos de autor

JADO es una revista de acceso abierto (<http://www.avd-zea.com>), lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley, sin la previa autorización de la editorial o del autor, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año y páginas) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

5. Formato de los estudios y notas

En la primera página se incluirá el título, el nombre del/a autor/a y su filiación académica, así como su dirección de correo electrónico y teléfono de contacto.

La segunda página recogerá tres resúmenes, en euskera, castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno, y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras), tanto en euskera como en castellano y en inglés. Los tex-

tos deben ir precedidos de un breve resumen de los diferentes apartados en que se estructuran.

Los materiales se publicarán, preferentemente, en castellano y en euskera.

6. Normas de edición

Las citas bibliográficas y las referencias a otras fuentes documentales se harán teniendo en cuenta las siguientes pautas de edición:

- a) La extensión recomendada para los materiales, en el caso de los estudios, es de 15 a 30 páginas ISO A4, 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, a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable.
- b) Se exige 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 trate el texto.
- c) 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.
- d) Se recomienda seguir el siguiente sistema en cuanto a la bibliografía citada: o 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, N^o, ciudad de edición, editorial, año de publicación, páginas afectadas.
- e) 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.
- f) 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.

7. Proceso de publicación

El director y la directora adjunta de *JADO* con la participación del Consejo de redacción y del Consejo asesor decidirán la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa independiente. El proceso de evaluación de los trabajos será una revisión ciega por pares, siguiendo el código ético de *JADO*. Los autores podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de 10 días no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.

8. Tasas

No se cobran costos de envío, procesamiento ni publicación de los artículos.

9. Copyright

Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *JADO*.

ARGITARATZE ARAUAK

1. Edukia

JADO aldizkariak argitaratzen du urtero-urtero 2021. urtetik aurrera ikerketa juridikoaren lanak eta oharrak (aipamen bibliografikoak, arauen eta epaien gaineko iruzkinak).

Betiere zenbaki berezi eta ezohikoen argitalpenari kalterik egin gabe. Horien aldikotasuna deialdiaren arabera izango da.

2. Argitaraldiaren maiztasuna: urterokoa.

3. Jatorrizko lanak bidaltzea

Jatorrizko testuak argitaratu gabeak izango dira eta aldizkariaren zuzendaritzara igorriko dira, posta elektronikoko baten bidez, jarraiko emailera: HYPERLINK “mailto:secretaria@avd-zea.com” secretaria@avd-zea.com.

4. Egilearen eskubideak

JADO aldizkariak sarrera irekia du (<http://www.avd-zea.com>). Hartara, sarrera askea du bere osotasunean zenbaki bakoitza argitaratu ondoren. Onartzen da, beraz, horren irakurketa, bilaketa, deskarga, banaketa eta bererrerabiltzea, legearen arabera, edozein euskarritan, betiere merkataritzako ez diren helburuekin. Horretarako ez da beharrezkoa izango argitaletxearen edo egilearen baimenik, jatorrizko lana behar den bezalaxe aipatzen bada (zenbakia, urtea eta orrialdeak) eta jatorrizkoan egin diren aldaketak argiro adierazten badira.

5. Azterlanen eta oharren nondik norakoak

Lehen orrialdean barneratuko dira titulua, egilearen izena eta horren filiazio akademikoa, eta berebat posta elektronikokoaren helbidea eta harremanetarako telefonoa.

Bigarren orrialdean barneratuko dira hiru laburpen, euskaraz, gaztelaniaz eta ingelesez, batez beste 120 hitz bakoitzean eta lanaren gako hitzak (hiritik bostera), euskaraz, gaztelaniaz eta ingelesez. Testuek eramango dute

aldez aurretiko aurkibide laburra, bertan diren alor desberdinak biltzen dituenak.

Langaiak argitaratuko dira, batik bat, gaztelaniaz eta euskaraz.

6. Argitaratze arauak

Aipamen bibliografikoak eta bestelako agiri iturrietara egindako erreferentziak honetara guzatuko dira, argitaratze arau hauek betez:

- a) Langaietarako luzera gomendatua, azterlanen kasuan, 15 orrialdetik 30 orrialdera doa ISO A4, lerroartekoa 1,5, euskarri informatikoan, nagusiki Word edo berrikusteko modukoan. Oharren kasuan 5 orrialdetik 10 orrialdera doa ISO A4, lerroartekoa 1,5, euskarri informatikoan, nagusiki Word edo berrikusteko modukoan.
- b) Bibliografiari buruzko azken atala ere beharrezkoa da. Bertara bilduko dira testua ontzeko erabili diren lanak edo testuak aztertzen duen gaietan erreferentziakoak direnak.
- c) Nahitaezkoa da egileek testuaren edukia antolatzea honetara: testuaren objektua zehazten duen sarrera, datuak eta egileak egoki irizten dituen arrazoiak barneratzeko garabidea eta ondorioak, horrek ere proposamena, balioztatzea edo azken gogoeta ekartzen dituela.
- d) Bibliografia aipatuari buruz jarraiko sistema erabiltzea gomendatzen da: edo Deiturak, Izena, «Artikuluaren titulua», Aldizkariaren edo liburua-ren titulua (aldizkariaren titulua sigla bada, ez da letra etzanez idatzi behar), bolumena, zenb., argitaratze tokia, argitaletxea, argitaratze urtea, ukitutako orrialdeak.
- e) Legeen aipamenak jarraiko ereduaren arabera egin behar dira (edo ordenamendu juridiko bakoitzean ohikoa izaten den aipamen ereduaren arabera):
Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.
Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.
- f) Siglak punturik gabe idatziko dira, adibidez, LPL. Artikulu batean lehen ez agertzen denean hedapen gutxiko sigla bat, izen osoa idatziko da eta gero sigla parentesi artean.

7. Argitaratze ibilbidea

JADO aldizkariaren zuzendariak eta zuzendari laguntzaileak erabakiko dute idazketa batzordearen eta nazioarteko batzorde aholkulariarekin batera lanen argitalpena, kanpoko ikuskaritza eta ebaluazio independente batean oinarriturik. Lanen ebaluazio- prozesua aditu parekideen berri-kuspén itsuaren bidez egingo da, *JADO* aldizkariaren kode etikoa betez. Egileok inprenta probak zuzendu ahal izango dituzte eta hamar egunetan horien zuzenketa jasotzen ez badira, ulertuko da egilea ados dagoela egingako inprimaketarekin.

8. Tasak

Artikuluak bidaltzeko, prozesatzeko eta argitaratzeko kostuak ez dira ko-bratu.

9. Copyright delakoa

JADO aldizkarian argitaraturiko artikuluen egileek, baldin eta artikuluen horiek argitaragabeak baldin badira, beste leku batean erreproduzitu ahal izango dituzte horiek, betiere *JADO* aldizkarian egin duten lehen argitaratzearen berri zehatza ematen baldin badute.

PUBLICATION STANDARDS

1. Content.

JADO publishes every year, starting in 2021, research works and notes (law and jurisprudential recensions and comments), notwithstanding the publications of especial and extraordinary numbers, which its periodicity adjusted to the corresponding call.

2. Publication frequency: yearly.

3. Originals mailing

Originals must be unedited and sent to the magazine following email address: secretaria@avd-zea.com

4. Copyrights

JADO is an open access magazine ([HYPERLINK “http://www.avd-zea.com/”](http://www.avd-zea.com/)<http://www.avd-zea.com/>), which means it is entirely access free after every number publication. Reading, search, download, distribution and legal reusing under any kind of medium are permitted exclusively for no commercial means, and according to the Law, without previous consent of the publishing house, providing that the original work is accordingly cited (number, year and pages) and that any change in the original is clearly indicated.

5. Studies and notes format

The first page of the work must include the title, name of the author and academic filiation, as well as email and phone number.

The second page will include three abstracts in Basque language, Spanish and English with an average extensions of 120 letters each, as well as the work key words (3 to 5 words), also in Basque, Spanish and English. The texts must be preceded by a brief summary of the different epigraphs.

The material will be published, preferentially, in Basque and Spanish.

6. Edition standards

Bibliographic citations and references to other documentary sources must follow the following rules:

- a) The recommended extension for the studies is 15 to 30 pages ISO A4, 1.5 interline, in informatics medium, preferentially, in Word or a revisable format. For the notes, 5 to 10 pages ISO A4, 1.5 interline in informatics medium, preferentially, in Word or a revisable format.
- b) It is required a final bibliography section with the inclusion of the works used for the text elaboration or that may be considered referential in the matter the text is about.
- c) It is required that authors structure the text with an introduction including the data and arguments which define the object of the work, an unfolding including the data and arguments which the author appropriate to add and a conclusion presenting a proposal, an assessment, or a final reflexion.
- d) It is recommended to fulfil the following system when citing bibliography: name, first name, «Tittle of the article», Tittle of the magazine o of the book (if the tittle of the magazine are initials, do not use cursive type), volume, no., publishing city, publishing house, publishing year and pages concerned.
- e) Law citation must follow the next model (or the usual citation mode in each Law system):
i.e.
Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.
- f) Initials should be written without dots, i.e. LPL. Should the work mention a little widespread initials for the first time, it is required to write the whole name followed by the initial between brackets.

7. Publishing process

JADO's Director and the assistant director, with the cooperation of the Editorial Board and the Advisory Committee, will decide the works publication on an external and independent evaluation basis. The works evaluation process will be submitted to peer blind review, in accordance with *JADO*'s ethical Code. The authors may correct the printing proofs, so that if the correction is not received within 10 days his approval to the printing proof is presumed.

8. Taxes

There are no costs associated with delivery, processing or publication.

9. Copyright

The authors of the unpublished works released in this magazine can reproduce them providing the appropriate quotation of its original publication in *JADO*.

