

JADO

Boletín de la Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademiako Aldizkaria

AÑO VIII. NÚMERO 19
VIII. URTEA. 19. ZENBAKIA

MAYO / MAIATZA
2010



ACADEMIA VASCA DE DERECHO
ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA

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

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

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

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

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

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

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

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

Diseño / Diseinua
www.ikeder.es

ESTA REVISTA SE INCLUYE SISTEMÁTICAMENTE EN LA BASE DE DATOS DIALNET
ALDIZKARI HAU "DIALNET" IZENEKO DATU-BASEAN BARRURATUTA DAGO

SUMARIO / AURKIBIDEA / TABLE OF CONTENTS

ESTUDIOS / AZTERLANAK / FIELD STUDIES

- [7-16] CELAYA IBARRA, Adrián: *Nuestra libertad de testar*
- [17-80] FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta: *Panorama legislativo actual de la libertad de testar.*
- [81-109] MORENO SERRANO, Enrique: *La retribución de los administradores concursales como coste del concurso.*
- [111-139] LAFOURCADE, Maïté: *L'Autonomie administrative du Pays Basque de France sous l'Ancien Regime.*
- [141-170] KOMANOVICS, Adrienne: *Transparent Europe? The Council of Europe Convention on Access to Official Documents*
- [171-209] LAFOURCADE, Maïté: *La démocratie basque.*

NOTAS / OHARRAK / EXPLANATORY NOTES

- [213-219] ORIBE MENDIZABAL, Alkain *Visión panorámica de la planificación testamentaria en la Comunidad Autónoma Vasca.*
- [221-230] ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián (†): *La preterición intencional y el apartamiento en la legislación foral de Bizkaia.*
- [231-235] OLEAGA ECHEVARRÍA, Francisco Javier: *Reflexiones sobre la planificación sucesoria y libertad de testar en el País Vasco.*
- [237-288] ATXABAL RADA, Alberto: *Europaren babesia Euskal Ekonomi Itunarentzat (Europako Erkidegoetako Auzitegiak 2008ko irailaren 11n eman zuen epaiari eginiko iruzkinak).*

JURISPRUDENCIA / JURISPRUDENTZIA / CASE LAW COMMENTARY

- [291-392] BALLUGERA GÓMEZ, Carlos; REGÚLEZ LUZARDO, Javier: *Casos prácticos. Seminario de Derecho Registral de Euskadi. Curso 2007-2008.*

- [393-398] NOTICIAS INTERNAS / AKADEMIAREN ALBISTEAK / INTERNAL NEWS
- [399-412] NORMAS DE PUBLICACIÓN / ARGITALPENERAKO ARAUAK / PUBLICATION STANDARDS
- [413-420] PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO / ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN ARGITALPENAK / PUBLICATIONS LIST OF THE BASQUE ACADEMY OF LAW

ESTUDIOS*
AZTERLANAK*
FIELD STUDIES

* La sección *Estudios/Azterlanak/Field Studies* recoge en este número una serie de trabajos que fueron expuestos en la Octava Jornada Práctica organizada por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, en Bilbao, el día 30 de noviembre de 2009, bajo el título *Planificación sucesoria y libertad de testar en el País Vasco*. Concretamente, corresponden a dicha jornada los estudios preparados por Don Adrián Celaya Ibarra y por Doña María y Doña Marta Fernández-Hierro.

Estudios/Azterlanak/Field Studies izeneko atal honetan, zenbait lan jasotzen dira, eta lan horietatik gehienak Zuzenbidearen Euskal Akademiak antolatutako jardunaldi jakin batean plazaratu ziren. Jardunaldi hori Bilbon egin zen, 2009ko azaroaren 30ean, *Oinordetzaren gaineko planifikazioa eta testamentua egiteko askatasuna, Euskal Herrian* izenburuarekin. Zehatz esateko, jardunaldi horri dagozkio, azterlanen artean, Adrián Celaya Ibarra, María Fernández-Hierro eta Marta Fernández-Hierro andreek prestatutakoak.

Nuestra libertad de testar

ADRIÁN CELAYA IBARRA

Presidente de la AVD/ZEA

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/04/15

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2010/05/17

Resumen: La libertad de testar, tal y como ha sido entendida en los diferentes territorios de derecho vasco a lo largo de la historia, tiene por objeto la conservación del patrimonio familiar. Las reformas de los siglos XIX y XX en los territorios vascos ha acentuado, sobre todo en la Comunidad Autónoma Vasca, el reforzamiento de las instituciones tradicionales. El Anteproyecto del ley civil vasca de la AVD/ZEA rextiende la foralidad civil a todos los habitantes de la Comunidad Autónoma Vasca, regula la cuantía de la legítima sucesoria y recoge en su integridad los instrumentos típicos de la sucesión testada, sin olvidarse de la troncalidad, en la que introduce reformas fundamentales.

Palabras clave: Libertad de testar vasca, modificaciones históricas, rasgos del Anteproyecto de la AVD/ZEA, foralidad civil, troncalidad.

Laburpena: Testamentua egiteko askatasuna ulertzen bada, euskal zuzenbidea zein lurraldek izan eta lurralde horietan historian zehar ulertu izan den moduan, askatasun horren xedea da familiaren ondarea iraunaraztea. XIX eta XX. mendeetan, zenbait eraldaketa gertatu ziren euskal lurraldeetan, eta, batik bat, Euskal Autonomia Erkidegoan; eraldaketa horiek indartu eta sendotu egin zituzten erakunde tradizionalak. Ildo bere-tik, Zuzenbidearen Euskal Akademiak Euskal Lege Zibilaren Aurreproiektua prestatu du, eta proiektu horrek forutasun zibila hedatzen die Euskal Autonomia Erkidegoko biztanle guztiei. Horrekin batera, proiektuak oinordetzako senipartearen zenbatekoa arautzen du, eta oso-osorik jasotzen ditu testamentuzko oinordetzaren ohiko tresnak, tronkalitatea ahanzi gabe, baina horretan oinarrizko eraldaketak eginez.

Gako-hitzak: Testamentua egiteko askatasuna, Euskal Autonomia Erkidegoan; aldarazpen historikoak; Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aurreproiektuak zein ezaugarri duen; forutasun zibila; tronkalitatea.

Abstract: Testamentary freedom, as it has been understood in the different areas of Basque law throughout history, is aimed at the preservation of family wealth. The amendments of the nineteenth and twentieth centuries in the Basque territories have underscored, especially in the Autonomous Community of the Basque Country, the consolidation of the traditional institutions. The AVD/ZEA's Basque Civil Law Draft Bill puts forward once again the provincial civil law rights of all inhabitants of the Autonomous Community of the Basque Country, which regulates the amount of the legitimate inheritance and compiles in its entirety the typical instruments of testate succession, without forgetting birthright, wherein the fundamental amendments are introduced.

Key words: Basque testamentary freedom, historical amendments, features of the AVD/ZEA (Basque Law Academy) Preliminary Draft, "foral" provincial civil law, birthright.

SUMARIO:

1. LA LIBERTAD DE TESTAR VASCA. 2. LAS MODIFICACIONES ACTUALES. 3. LOS PRINCIPIOS DEL ANTEPROYECTO DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO/ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA. 4. CONCLUSIONES.

1. LA LIBERTAD DE TESTAR VASCA

Vamos a hablar sobre la libertad de testar y debemos hacerlo sin ningún prejuicio. Hay defensores apasionados de la plena libertad de testar y entre nosotros hay quien sostiene que es muy antigua. Decía en 1971 Salinas Quijada que en Navarra existió desde los tiempos más remotos una absoluta libertad de testar.¹ Y muchos piensan que, no sólo en Navarra sino en todo el País Vasco, la libertad de testar ha dominado desde antiguo.

La verdad es que nadie sabe lo que ocurría entre nosotros más allá de los últimos siglos de la Edad Media. El testamento es una creación romana, y así nos lo ha hecho ver Maite Lafourcade cuando nos describe las costumbres de la parte francesa de Euskalerrria, donde el testamento no fue recibido. Si no había testamento, ¿cómo había libertad de testar?

En Labourd y Soule, nuestras tierras de Iparralde, no se recibió el testamento romano sino un sistema de sucesión forzosa muy original, según nos cuenta también Lafourcade. Quien sucede en la hacienda familiar en Labourd es un heredero único, universal, el primogénito, el mayor de los hijos, sea varón o mujer, aunque se le imponga la carga de ayudar a sus hermanos.

Y es que lo esencial en tierra vasca, como en Aragón y en todos los países cercanos al Pirineo, es la conservación y transmisión íntegra de la

¹ *Francisco Salinas Tejada*, Derecho civil de Navarra 1, pág. 183.

hacienda familiar a un solo heredero. Esa hacienda, la casa familiar, nuestro caserío con sus pertenecidos, ha de conservarse íntegra y, con libertad y sin libertad, es una conclusión a la que se llega en todas nuestras antiguas leyes forales.

Las leyes vascas mantuvieron la integridad de las haciendas familiares, tanto cuando hay un sistema de sucesión forzosa como en Iparralde, como cuando existe testamento, como ocurre entre nosotros, porque la unidad de la hacienda familiar se logra, casi siempre, a través de la troncalidad.

La conservación de la hacienda familiar era muy importante en tierra Vasca, como en Aragón, y evitó la desmembración del caserío en pequeños minifundios, como ocurría en tierras de Castilla.

Conforme a la Constitución y el Estatuto, nuestras leyes podían conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil vasco. Y reconozco, porque he tomado parte en casi todos los proyectos, que nos ha podido más la función de conservar que la de desarrollar. Ante todo era preciso mantener vivas nuestras instituciones, amenazadas por las leyes generales y en buena medida, tras más de un siglo de vigencia del Código Civil, ignoradas por nuestros letrados. No teníamos Universidad y cuando surgió la Universidad vasca, no se tomó un camino decidido de abrir las puertas a instituciones muy distintas del Código civil. Aquí era imposible que ocurriera, como lo he visto yo en Barcelona, que el profesor empezaba el curso preguntando: ¿Qué queréis que os explique, el Código Civil o las leyes catalanas? Entre nosotros solamente en Navarra se explicaba, se comentaba y se aplicaba la ley civil navarra.

Pero existía algo que, a mi juicio, es un gran valor de la tradición vasca, la pluralidad. Alava, Guipúzcoa y Bizkaia son provincias hermanas, pero en modo alguno idénticas. Cada una tiene su historia y sus usos y costumbres, que podrán ser semejantes, pero nunca iguales.

Alava y Guipúzcoa se incorporaron muy pronto a Castilla, al comienzo del siglo XIII. Y por ello, pese a la defensa que hicieron de sus insti-

tuciones, el peso de la legislación castellana es muy fuerte, sobre todo porque Castilla tiene leyes escritas y los guipuzcoanos y alaveses sólo usos y costumbres

En su origen remoto, las viejas costumbres de todos los territorios vascos no debieron ser muy diferentes de las de Bizkaia. Pero cuando en 1959, el Estado quiso recoger en una Compilación todo el Derecho civil vasco, solamente reguló el Derecho civil de Bizkaia y el de la tierra de Ayala, únicos territorios que tenían leyes escritas.

Esta Compilación no acabó con todo el Derecho vasco no legislado. En nuestro Estatuto se reivindica claramente el Derecho consuetudinario.

2. LAS MODIFICACIONES ACTUALES

Pero en 1992, cuando iniciamos, al amparo de la Diputación de Bizkaia, la redacción de nuestras leyes civiles, tomamos una actitud muy conservadora. No queríamos dar pasos demasiado firmes, simplemente marcábamos el terreno sobre el que era preciso actuar. Nos dominaba el temor de que la ley vasca fuera recurrida ante el Constitucional. Así y todo, el Gobierno presentó un recurso de inconstitucionalidad, algo que no ha sucedido en leyes mucho más innovadoras de otros territorios. En la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal constitucional es mucho más comprensiva y nos permite legislar sin recelos sobre el desarrollo de nuestro Derecho civil histórico.

El movimiento codificador del siglo XIX afectó a todos los territorios vascos. En primer lugar, al País vasco francés, cuyas costumbres, escritas tardíamente, estaban muy vivas cuando en 1804, se publicó el Código de Napoleón que instauraba la legítima romana y con su espíritu centralizador y uniformista derogó todas las costumbres vascas y las de otros territorios franceses. Algunos de nosotros hemos sido testigos de la difícil tarea que tienen los notarios franceses para mantener integras las haciendas frente a la división que impone el Código de Napoleón.

Por lo que se refiere al territorio vasco peninsular, pese a que su Derecho no ha sido derogado, se producen importantes reformas:

1. En Navarra, donde el Fuero General, afrancesado, estableció un modo rígido de testar, al decir que nadie puede *dejar a criatura alguna más que a otra*, los Amejoramientos establecieron un sistema de gran libertad, solamente limitado por la troncalidad.

2. Creo que el viejo Fuero de Ayala regulaba un derecho de libertad de testar también limitado por las reservas troncales. Pero en la escritura otorgada con su Señor don Pedro de Ayala, el 30 de setiembre de 1589, los ayaleses renunciaban a sus leyes propias y se acogían al Fuero Real y a las Partidas, con la única reserva de conservar la ley que prohibía la prisión por deudas, el derecho a elegir libremente sus alcaldes en el campo de Sarobe y en materia civil, la disposición de la ley XXVIII del Fuero de Ayala que disponía que *todo hombre o mujer estando en su sana memoria puede mandar todo lo suyo o parte dello a quien quisiere por Dios é por su alma o por servicio que le fizo*.

Esta es la absoluta libertad de testar en el valle de Ayala, sin reservas ni limitaciones. El Código Civil no afectó a la vigencia de esta norma.

3. Gipuzkoa y el resto de Alava parecían quedar íntegramente dentro de las normas del Código Civil sin que se les reconozca su antiguo Derecho consuetudinario hasta que se abre la vía del Estatuto de Autonomía.

4. En Bizkaia, el Fuero Viejo de 1452 reconocía que *hasta ahora en Vizcaya* había total libertad de disponer para el testador, salvo en los bienes troncales, un sistema muy similar al de otros territorios vascos, pero los redactores del Fuero hicieron una rectificación que es la causa de la gran extensión de la troncalidad en Bizkaia pues se declara que los bienes adquiridos por cualquier título, aunque no sea por sucesión, son también troncales, y ésta es una situación sobre la que seguramente merecerá reflexionar. Pero no conformes con esta gran amplitud de la troncalidad, el Fuero de 1526, claramente influido por el Derecho caste-

llano, introdujo la legítima, con la misma extensión que regía en Castilla antes del Código Civil, la legítima de los cuatro quintos, que creo que ya es hora de retocar, pues en modo alguno responde a nuestra tradición. Habiendo hijos, la libertad se reducía a una quinta parte de los bienes.

La legítima vizcaína de cuatro quintos vigente en Castilla, se convirtió al trasladarse a Bizkaia en una enorme cuota, muy superior a la romana. El Código Civil se percató de esto y la redujo a los dos tercios; pero no la imponía en los territorios forales y en Bizkaia siguió siendo de cuatro quintos.

El valle de Ayala conservaba su libertad de testar; pero en Guipúzcoa y Alava, donde penetraba día a día el Derecho de Castilla, la legítima castellana se hizo presente con su legítima de dos tercios, uno de ellos de riguroso reparto entre los hijos, en continuo contraste con la costumbre foral.

3. LOS PRINCIPIOS DEL ANTEPROYECTO DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO/ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA

En esta situación, cuando se enfrentó la comisión redactora con la legislación de Bizkaia, en una iniciativa de la Diputación vizcaína, se tendió más a la conservación de las instituciones tradicionales que a su desarrollo.

Pero creo que ha transcurrido bastante tiempo y llega el momento de que desarrollemos de verdad nuestra legislación foral. Para ello, la fórmula aceptada por la Academia en la redacción presentada al Parlamento Vasco se sustenta en las siguientes bases:

Primera. Hemos optado por hacer extensiva la foralidad a todo el Territorio de la Comunidad Autónoma Vasca, aunque respetando las peculiaridades locales. Creemos que esta es una decisión realista. Somos un territorio pequeño y no se justifica muy bien la diversidad de las leyes vigentes. Por otra parte hay razones para pensar que en todo el territorio vasco existió en origen una gran libertad de testar sólo limitada por la troncalidad.

Esto nos permite crear una vecindad civil vasca que hasta ahora no ha existido. En este momento somos la única Comunidad que no tiene una vecindad común a todos sus habitantes. Se puede ser de vecindad aragonesa, castellana o catalana, pero no vasca. Me encanta la diversidad pero no llevada a términos tan extremos.

Segunda. Aceptamos la cuantía de la legítima que regula hoy el Código Civil, dos tercios del total de todos los bienes, sin el tercio de mejora. De este modo reducimos la legítima vizcaína de cuatro quintos, una cuantía excesiva que fue introducida por la reforma del Fuero en 1526 y que, a mi juicio, estaba tomada de la legítima entonces vigente en Castilla, pues los redactores de aquel Fuero presumían de tener muchos letrados, sin duda formados en la Universidad de Salamanca. Naturalmente que no aceptamos la legítima estricta, sino que los dos tercios puede el testador distribuirlos libremente, con la única limitación, muy propia de nuestras leyes, de tener que apartar a los hijos no favorecidos.

De este modo, no hacíamos violencia a los territorios de Guipúzcoa y Alava en los que el Código Civil está, en este aspecto, plenamente introducido. Si me decís que esa legítima es también muy amplia, estoy de acuerdo. Lo que ocurre es que quizá los redactores de la reforma somos hombres prudentes que no quieren cambios demasiado violentos, que probablemente han de llegar en el futuro.

Tercera. Los instrumentos propios de la sucesión testada que son más característicos de nuestro País, se recogen en su integridad. Esto ocurre con los testamentos por poder, el testamento mancomunado y los pactos sucesorios. Fueron eliminados por el Código Civil por prejuicios doctrinales que creemos que ya no están vigentes.

Estos instrumentos son típicamente forales, se utilizaron en todo el territorio vasco y creo que incrementan la libertad del testador.

Se seguirá hablando mucho tiempo sobre la libertad de testar, pero hay que reconocer que es difícil pensar en ella sin tener presente algún caso

concreto. Si pensamos en el cabeza de familia que la abandona y hace un uso caprichoso de su libertad podemos ser partidarios de la sucesión forzosa. Y al contrario, si nos viene a la mente la imagen de los hijos y sucesores ingratos o de personas que mueren sin hijos, nos inclinaremos a la libertad de testar.

Lo correcto parece dejar el destino de los bienes a merced de la persona que está en mejor situación para valorar la pertinencia de su destino, que no es el Estado ni la ley, sino el propietario o cabeza de familia, que está en la mejor situación para acertar. Si esa persona no es razonable trataríamos de recurrir a la sucesión forzosa, conforme a la ley, pero sin ninguna garantía de acierto.

Los vascos estamos empezando a caminar, en el momento en que otros territorios forales han avanzado ya mucho. Lo que creo necesario es que no nos retrasemos más. Debemos dejarnos guiar por el buen sentido, dejando decisiones más avanzadas para la iniciativa política.

Cuarta. ¿Qué queda de la troncalidad? Se encierra en la Tierra Llana de Bizkaia pero aún así, cada día son menos la caseríos que justifiquen aquella idea tradicional de la troncalidad, como medio de mantener la unidad del patrimonio y la familia. Mantenemos su vigencia, cada día más limitada, quizá porque hombres como yo somos incapaces de olvidar aquellos caseríos que visitaba como Juez y en los que la troncalidad era aún muy viva e incluso me presentaban a quien llamaban *alkar poderoso*, que gozaba de un poder testatorio.

4. CONCLUSIONES

Pero los tiempos han cambiado y ésta es una realidad que el legislador no puede ignorar. Seguimos razonando a favor o en contra de la libertad de testar o la legítima con los argumentos de antaño, ajustados a una sociedad muy distinta.

En el mundo de hoy el orden social es muy distinto. El derecho antiguo se amoldaba a una situación en la que se tenía en mente un tipo de familia que queda muy alejado. La vida en el caserío no está encerrada en un caserío apartado porque los medios de comunicación nos acercan a la realidad viva que en forma dominante se desarrolla en la ciudad. Las carreteras ya no están cercadas por largas hileras de maizales ni los caminos cruzados por carros de bueyes. Los caseros, en su mayor parte, comparten una actividad de trabajo en fábricas u oficinas con el cultivo de la tierra cada día más reducido.

La familia tradicional aún subsiste y sería poco razonable legislar al margen o contra ella, pero la sociedad es muy distinta. Antes se pensaba en el caserío que había que mantener vivo, y ahora el casero y sus hijos tienen preocupaciones distintas, a menudo centradas fuera del campo.

Yo pensaba y he mentenido hasta ahora, que la competencia que nos dejó la Constitución en materia civil había que utilizarla ante todo para fijar los términos del Derecho vigente en nuestro país a fines del siglo pasado, pero ha pasado tanto tiempo que ahora sentimos todos la inquietud de avanzar más, porque hace tiempo que nuestra sociedad dejó de ser puramente rural.

En este momento me inclino, en materia de troncalidad, a proponer dos reformas fundamentales.

En primer lugar, suprimir lo reformado en el Fuero de 1452 que hacía troncales todos los bienes raíces. Esta extensión me parece hoy desmesurada y sería bueno volver a la situación anterior que sólo entendía por troncales los recibidos de un ascendiente por herencia o donación.

En segundo lugar, el derecho de saca foral debía ser sustituido por un retracto. Esto ya lo he razonado en otras ocasiones sin ningún éxito, y si vuelvo a plantearlo es porque cada día es mayor mi convicción de la pertinencia de esta reforma.

Panorama legislativo actual de la libertad de testar

MARÍA FERNÁNDEZ-HIERRO

Abogada

MARTA FERNÁNDEZ-HIERRO

Juez de Primera Instancia e Instrucción

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/04/14

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2010/05/17

Resumen: Se analiza la *libertad de testar* en el panorama legislativo actual, partiendo de de la distinción entre los diferentes tipos de ordenamientos jurídicos según la regulación de la libertad de testar (sistemas legitimarios versus derecho anglosajón) y centrándose en las últimas *novedades* legislativas introducidas a favor de la libertad de testar en el *derecho comparado* extranjero con más influencia en nuestro ordenamiento, con especial atención a Francia y Alemania. También se hace un repaso de las novedades legislativas aprobadas, o proyectadas, en el Derecho civil de otras *autonomías*, con especial hincapié en Galicia, Cataluña o Valencia. Como conclusión se observa un denominador común en todos los ordenamientos estudiados: la tendencia a favorecer la libertad de testar mediante distintos métodos, entre los que destacan fórmulas para mantener unido el patrimonio empresarial del testador, la reducción del número de legitimarios o convertir la legítima en un derecho de crédito.

Palabras clave: Libertad de testar, novedades legislativas, derecho comparado, autonomías, patrimonio del testador.

Laburpena: Azterlan honetan, *testamentua egiteko askatasuna* azaltzen da, egungo legerien egoeratik abiatuta. Horretarako, antolamendu juridiko desberdinak bereizten dira, antolamendu horiek testamentua egiteko askatasuna nola arautzen duten kontuan hartuta (seniparte-sistemak versus zuzenbide anglosaxoia). Bereziki aztertzen dira, aspaldi honetan eta testamentua egiteko askatasunaren mesederako, atzerriko *zuzenbide konpa-*

ratuan gertatu diren legegintza-berrikuntzak, batik bat, halakoak gure antolamenduan eragin nabaria izan dezaketenean; arreta berezia jartzen da, berbarako, Frantzia eta Alemaniaren kasuetan. Ildo beretik, beste *autonomia-erkidego* batzuetako zuzenbide zibiletan arestian onetsi nahiz aurreikusitako legegintza-berrikuntzak aztertzen dira; azpimarra jartzen da, hala nola, Galizia, Katalunia eta Valentziaren kasuetan. Ondorio gisa esan beharra dago aztertutako antolamendu guztietan ezaugarri berbera atzeman dela: testamentua egiteko askatasuna gero eta zabalagoa da, eta, horretarako, metodo desberdinak erabiltzen dira. Metodo horien artean, aipatzeko modukoak izan daitezke, besteak beste, testamentugilearen enpresa-ondarea ez zatitzeko formulak, senipartedunen kopurua urritzea edota senipartea kreditu-eskubide bihurtzea.

Gako-hitzak: Testamentua egiteko askatasuna, arestiko legegintza-berrikuntzak, zuzenbide konparatua, autonomia-erkidegoak, testamentugilearen ondarea.

Abstract: Analysis of *testamentary freedom* under the current legislative framework, based on the distinction between the different types of legal systems pursuant to the regulation of testamentary freedom (forced heir versus common law systems) and focusing on the latest legislative *amendments* introduced in favour of testamentary freedom of the most influential foreign *comparative law* in our legal system, with special attention being paid to France and Germany. A review is also made of the legislative amendments either passed or planned, under the civil law in other *autonomous communities*, with particular emphasis on Galicia, Catalonia or Valencia. In conclusion, a common denominator is noted in all legal systems studied: the trend to favour testamentary freedom, by means of different methods, most notably those formulas intended to keep together the business assets of the testator, the decrease in the number of forced heirs or the conversion of the forced heir's right into that of a right in personam.

Key words: Testamentary freedom, latest legislative amendments, comparative law, self-governments, testator's legacy.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. III. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA LIBERTAD DE TESTAR. IV. PANORAMA LEGISLATIVO ACTUAL: CLASIFICACIÓN SEGÚN LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR. V. CASOS SOBRESALIENTES DEL DERECHO COMPARADO. 1. DERECHO ANGLOSAJÓN. 1.1. Inglaterra y Gales. 1.2. Escocia. 1.3. Irlanda. 1.4. Canadá. 1.5. Estados Unidos. 1.6. México. 2. FRANCIA. 2.1. Antecedentes legislativos. 2.2. Análisis del texto legal. 2.2.1. Concepto de reserva hereditaria. 2.2.2. Herederos reservatarios: a) *Descendientes*. b) *Cónyuge*. c) *Ascendientes*. 2.2.3. Cálculo de la reserva. 2.2.4. Reducción de liberalidades excesivas. 2.2.5. Orden de las reducciones. 2.2.6. Modalidades de la reducción. 3. PAÍSES AFINES A FRANCIA. 3.1. Italia. 3.2. Portugal. 3.3. Suiza. 3.4. Bélgica. 4. ALEMANIA. 4.1. Cuantía de la legítima. 4.2. Pago de la legítima. 4.3. Aplazamiento del pago de la legítima. 4.4. Donaciones colacionables. 4.5. Causas de desheredación. 4.6. Poder Prorrogado y Poder Post Mortem. VI. DERECHOS FORALES. 1. NAVARRA. 2. ARAGÓN. 3. ISLAS BALEARES. 3.1. Mallorca y Menorca. 3.2. Ibiza y Formentera. 4. GALICIA. 4.1. Pactos de mejora. 4.2. Pacto de Apartación. 4.3. Pacto de Usufructo a favor del cónyuge viudo. 4.4. Legítimas. 4.4.1. Legítima de los descendientes. a) *Concepto*. b) *Cálculo de la legítima*. c) *Pago de la legítima*. 4.4.2. Legítima del cónyuge viudo. 4.5. Preterición. 5. CATALUÑA. 5.1. Concepto de legítima. 5.2. Legitimarios. 5.3. Cuantía y cómputo de la legítima. 5.4. Intangibilidad de la legítima. 5.5. La atribución, la imputación, la percepción y el pago de la legítima. 5.6. La preterición y la desheredación. 5.7. Cuarta viudal. 6. VALENCIA. 6.1. La empresa familiar y el control de acciones. 6.2. Concepto de legítima. a) *Bienes computables y no computables*. b) *Pago de la legítima*. 6.3. Legitimarios y cuantía de la legítima. a) *Legítima de los hijos y descendientes*. b) *Legítima de los progenitores*. c) *Legítima del cónyuge viudo*. 6.4. Preterición y Desheredación. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la libertad de testar no se puede decir que sea un tema nuevo en la Historia del Derecho, ni que se haya suscitado sólo en estos últimos años, pero sí que es un tema actual, tanto por las reformas legislativas existentes o en proyecto (en algunos países extranjeros y territorios forales), como por las posturas doctrinales favorables a una legisla-

ción más permisiva, en aquellos otros lugares donde últimamente no se ha producido ninguna reforma legislativa en ese sentido.

El objeto de esta ponencia es dar una idea del panorama legislativo actual en Derecho comparado y en los territorios forales –a excepción del Derecho Vasco que ya ha sido tratado previamente–, dando especial relevancia a las últimas novedades legislativas que suponen una ampliación de la libertad de testar.

No obstante, antes de nada es conveniente que hagamos una breve introducción histórica.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La libertad de testar aparece con el testamento, que fundamentalmente tiene su auge en el Derecho romano. No obstante, el Derecho justiniano limitó algo, en beneficio de los parientes, tal libertad de testar (*officium pietatis*).

En el Derecho romano vulgar, vigente en España en la época de las invasiones, parece que existía una libertad de testar bastante amplia. Posteriormente, en la época visigoda, siguiendo los principios del Derecho germánico se establece la legítima de los hijos en los cuatro quintos, que comprende una parte de mejora de un décimo, posteriormente elevada a un tercio por Ervigio.

No obstante, como indica LACRUZ BERDEJO¹, por influencia de la Iglesia y la economía burguesa, la libertad de disposición se va desarrollando en los derechos particulares, hasta que incluso en algunos fueros se llega a poder disponer con total libertad de todo el patrimonio.

¹ LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones II*, 1973, pág. 13.

En Castilla se conserva la legítima visigoda y posteriormente, el Código civil si bien es más liberal que el derecho anterior, dista todavía mucho de los ordenamientos forales, pues se inspira en el Derecho de Castilla.

Como señala MAGARIÑOS BLANCO², en la época de la codificación las ideas de la Revolución francesa eran muy poco proclives a la libertad de testar, pues se consideraba que ésta era la fuente de privilegios de uno de los hijos y la causa de perpetuación de desigualdades propias del Antiguo Régimen; con este fundamento el código napoleónico proscribió la renuncia de los derechos sucesorios en vida del causante (arts. 791 y 1030). En España las mismas ideas llevaron a prohibir la renuncia o transacción sobre la legítima futura (artículo 816 C.c.)

III. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA LIBERTAD DE TESTAR

Como recuerda MAGARIÑOS BLANCO³, en la época clásica se discutía si la legítima era debida por derecho natural o positivo. Quienes entendían que era debida por derecho natural (como Bartolo o Socino) se basaron en que era una continuación de la obligación alimenticia que el causante tenía en vida, pero a esta doctrina se le objetó por los defensores de la tesis contraria, como el abad Panormitano, que en ese caso el ascendiente sólo debería la legítima al descendiente a quien en concreto le debiera alimentos, o tampoco tendrían derecho a la legítima en la herencia de su madre el hijo cuyo padre viviera.

² VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO, *Análisis de la libertad de testar*, en revista digital “ www.JoaquinCosta.com ”, Libre Asociación de Notarios Joaquín Costa, 14 octubre de 2009.

³ Obra citada.

Gregorio López entendió, siguiendo a Baldo, que los fueros municipales pueden autorizar la casi desheredación de los otros hijos para favorecer al primogénito, aunque los perjudicados tendrían derecho a alimentos.

Montesquieu (El espíritu de las Leyes) señaló que el Derecho natural impone a los padres el deber de mantener a sus hijos, pero no les obliga a hacerlos herederos.

Siguiendo a VALLET, MAGARIÑOS BLANCO⁴ repasa la polémica que existió a finales del siglo XIX en nuestro país sobre la libertad de testar o no, pronunciándose a favor de la libertad de testar Joaquín Costa, Duran y Bas, Giner de Los Ríos, Sánchez Román y Azcárate.

Tal polémica iba unida al enfrentamiento existente entre los foralistas, defensores del mantenimiento de los ordenamientos forales, y los partidarios de un único Código Civil. La polémica sobre la libertad de testar se acalló cuando se vio que se iban a hacer una serie de apéndices y que se iban a mantener los derechos forales.

No obstante es interesante detenernos en enunciar brevemente los argumentos esgrimidos, que de forma mucho más detallada concreta MAGARIÑOS BLANCO⁵.

En contra (ALONSO MARTINEZ) se indicaba:

- Que debe tratarse a los hermanos de forma igualitaria, lo contrario genera envidias y fomenta pleitos.
- Que favorecer a un extraño antes que a la familia es injusto, y puede dar lugar a abusos por parte del padre.
- Se evita la concentración de propiedades en una sola mano.

⁴ Obra citada.

⁵ Obra citada.

– Que los padres no pueden desentenderse de su deber de alimentos hacia los hijos.

A favor de la libertad de testar:

– Tiene poco sentido que la libertad y el derecho de propiedad tengan un contenido máximo en vida y que se restrinjan para después de la muerte.

– En cuanto a la igualdad, se indica cómo la mera observación de la realidad nos muestra que los hijos no son iguales ni naturalmente ni en cuanto a sus circunstancias, y el testador es el que mejor puede hacer una distribución equitativa y adecuada a sus circunstancias. El sistema legitimario es un corsé que impide la distribución equitativa del patrimonio.

– Desde el punto de vista de la protección a la familia se dijo que robustece la autoridad paterna, garantiza el acierto en la elección del heredero y el reparto equitativo, estimula el esfuerzo y cooperación de los hijos.

– Con respecto del deber de alimentos se indicaba que el sistema de legítimas es ajeno a la situación de necesidad del legitimario.

Hoy en día se ha resucitado doctrinalmente el problema de libertad de testar y así, en el Congreso Notarial de septiembre de 2005 celebrado en Barcelona, se propone solicitar reformas legislativas tendentes a mantener el principio de libertad civil.

Y resulta llamativo cómo algunos de los argumentos dados en el siglo XIX a favor de la libertad de testar siguen de plena actualidad.

Además de aquellos argumentos en favor de la libertad de testar, hoy se llama la atención sobre las diferencias económicas y sociales producidas desde el siglo XIX hasta nuestros días:

- a) Antes las relaciones familiares eran mucho más estrechas; hoy en día el concepto de familia ha cambiado mucho, las legítimas sólo se entienden desde el punto de vista de la familia tradicional, pero no se sostienen si lo que se quiere es favorecer los vínculos afectivos familiares; vínculos afectivos que no tienen por qué dirigirse exactamente hacia los componentes de la familia tradicional; en definitiva no tiene sentido dejar por ley la legítima a alguien con quien no existe vínculo afectivo.
- b) El significado del patrimonio en relación con la familia ha variado mucho, hay una ausencia de vínculos socio familiares en relación con el patrimonio; por lo que no se puede seguir basando la legítima en la idea de conservar el patrimonio dentro de la familia. Así hoy la casa familiar no es el elemento físico referencial –es un bien fungible más, siendo normal que una familia cambie varias veces de casa en su vida–.
- c) El concepto de empresa familiar también ha cambiado, normalmente suele ser una sociedad con el capital repartido en acciones, donde las legítimas más que permitir su continuación a veces la dificultan.

IV. PANORAMA LEGISLATIVO ACTUAL: CLASIFICACIÓN SEGÚN LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR

Si pasamos a examinar el panorama legislativo nos percataremos de que en general no es favorable a la libertad de testar; de hecho, en Europa no existe un solo ordenamiento jurídico que permita de forma absoluta la libertad de testar.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos vigentes tanto en el Derecho Comparado internacional, como a nivel estatal, en los derechos forales, encontramos normas que limitan la libertad de testar a través del

instituto de las legítimas o las también llamadas reservas a favor de determinados parientes cercanos del causante.

En cuanto a la libertad de testar y la forma de limitarla legalmente, podemos de entrada hacer dos grandes distinciones entre los sistemas legitimarios clásicos y los que reconocen la libertad de testar.

1. **Sistemas Legitimarios Clásicos.** A su vez dentro de los sistemas legitimarios clásicos pueden distinguirse aquellos que consideran la legítima como *pars hereditatis* de aquellos que otorgan al legitimario un derecho de crédito frente al heredero.

1.1. Ordenamientos jurídicos que reconocen a los parientes cercanos el derecho a una parte determinada de la herencia, tradicionalmente llamada **legítima o reserva**, son mayoritariamente los que parten del Derecho romano (Francia, Italia, España...) pero también en otros países europeos como Finlandia, Suecia o Grecia.

A su vez dentro de ellos podemos distinguir:

1.1.1. Aquellos en los que la legítima o parte de la herencia reservada a los legitimarios varía **según el número de herederos** que concurren. Esto sucede por ejemplo, en el Código Civil Francés, o Portugal o Italia.

1.1.2. Aquellos en los que se establece una **porción fija e invariable**, sin atender a la cantidad de herederos que concurren. Este es el caso de España, Grecia, Finlandia, Dinamarca, Suecia...

1.1.3. A su vez dentro de esta última categoría, los sistemas de tradición hispánica contemplan una parte de legítima estricta, y una parte de **mejora**, que obligatoriamente debe ir a favor de un legitimario, pero dotando al testador de libertad para distribuirla libremente entre cualquiera de los legitimarios.

1.2. En segundo lugar, estarían los países que reconocen a determinados parientes no el derecho a una parte de la herencia, sino **un derecho de crédito frente a los herederos**. Este es el caso de Alemania o Austria.

Dentro de estas categorías hay múltiples variantes en función de qué parientes se consideran legitimarios: ciertos países excluyen a los ascendientes –como Francia–, o no consideran legitimario al cónyuge viudo, como es el caso de España.

También hay variedades según la parte de herencia reservada y la de libre disposición, siendo un caso curioso el de Noruega, donde la legítima de los hijos es de dos tercios de la herencia, pero ningún descendiente o su rama están legitimados para reclamar más de un millón de coronas ni pueden recibir menos de 200.000 coronas en dicho concepto. (Aproximadamente 126.000 € como máximo y 25.200 € como mínimo. En cuanto al cónyuge, recibe un cuarto de la herencia igualmente con un mínimo que, careciendo el causante de descendientes, alcanza los 38.000 €.)

2. El segundo grupo estaría formado por **los ordenamientos jurídicos que reconocen la libertad de testar**, que tradicionalmente corresponden a los países de Derecho anglosajón. No obstante hay que precisar que actualmente en los países de Derecho anglosajón tampoco la libertad de testar es absoluta (como lo era, por ejemplo en Inglaterra y Gales hasta 1938). En estos casos, normalmente la limitación a la libertad de testar viene a través del reconocimiento a determinados parientes y al cónyuge del derecho a obtener alimentos cualquiera que sea la disposición del testador. Ejemplo de ello, es lo que ocurre en Inglaterra.

En Latinoamérica adopta este sistema el Código civil mejicano, que admite la libertad de testar, pero aquí también se obliga al causante a dejar una pensión de alimentos al cónyuge, y a ciertos parientes consanguíneos en línea recta, e incluso a la concubina pareja de hecho. En el mismo orden de ideas siguen este sistema los códigos civiles de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

3. Finalmente, en la actualidad podría hablarse de **un tercer grupo, intermedio** entre los dos anteriores: aquellos países donde los legitimarios tienen derecho a una parte de los bienes de la herencia o de su valor, pero sólo si se hallan en situación de necesidad.

Esto es lo que ocurre por ejemplo en Rusia, donde el actual Código Civil acepta el principio de libertad de testar con las limitaciones del artículo 1.149, que otorga a los hijos del causante que sean menores o discapacitados, su cónyuge y/o progenitores discapacitados la facultad de pedir al menos la mitad de la herencia.

También en Estonia se prevé (§ 104 de la Ley de Derecho de Sucesiones) que *“si el causante en testamento o contrato sucesorio ha desheredado a un ascendiente, descendiente o a su cónyuge llamado a suceder abintestato que está incapacitado para el trabajo, o ha reducido su cuota hereditaria en comparación con la cuota que le correspondería abintestato, esos parientes y el cónyuge tienen derecho a suceder en la legítima”*.

En Lituania los hijos, parientes y el cónyuge del causante tienen derecho a la legítima siempre que “necesiten ser mantenidos” en el momento del fallecimiento del causante, siendo la cuantía de la legítima la mitad de la cuota intestada.

En Eslovenia, los abuelos y hermanos del causante sólo adquieren derecho a la legítima si son incapaces para el trabajo y carecen de medios económicos para satisfacer sus necesidades.

Además, en el año 2001 la Ley de Sucesiones eslovena fue modificada, estableciéndose que el cónyuge o los herederos privados de medios económicos suficientes para la vida pueden solicitar del juez un incremento de sus cuotas a costa de los restantes herederos.

Finalmente, **en Polonia** la cuantía de la legítima se incrementa hasta los dos tercios de la herencia si los legitimarios son menores de edad o incapaces para el trabajo.

V. CASOS SOBRESALIENTES DEL DERECHO COMPARADO

A continuación vamos a detenernos en examinar las regulaciones más sobresalientes del Derecho Comparado.

1. DERECHO ANGLOSAJÓN

1.1. Inglaterra y Gales

La Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975, permite a determinadas personas solicitar al Tribunal una “provision” (disposición) en el supuesto de que el testador en el testamento (o bien las normas de sucesión intestada) no realice una atribución económica razonable a su favor.

No coincide exactamente con nuestro derecho de alimentos. El artículo 1 regula quiénes pueden solicitar esta “provision”.

- Cónyuge del causante o pareja de hecho.
- Ex cónyuge que no haya contraído nuevas nupcias.
- Hijo del causante.
- Otras personas a las que, en relación con algún matrimonio contraído durante su vida, el causante haya tratado como hijos.
- Cualquier persona que inmediatamente antes de la muerte del causante, hubiera estado mantenida total o parcialmente por él.

El juez inglés tiene amplias libertades para valorar las circunstancias del caso, y determinar si procede o no la concesión de esta “provision”, y cómo articularla en relación con la herencia del causante.

Sobre el primero de estos puntos, el artículo 3 regula los aspectos que el tribunal debe tener en cuenta para determinar si se ha efectuado o no una atribución económica razonable al solicitante:

- Los recursos económicos y necesidades financieras que el solicitante tiene o pueda tener razonablemente en el futuro.

- Los recursos económicos y necesidades financieras que tengan el resto de solicitantes de esta “provisión”, y de los beneficiarios de la herencia.
- Obligaciones y responsabilidades del causante en relación con el solicitante, y con los beneficiarios de la herencia.
- Composición y cuantía de la herencia.
- Discapacidades físicas o mentales del solicitante, y de los beneficiarios de la herencia.
- Cualquier otra cuestión que el tribunal estime relevante a la vista de las circunstancias del caso, incluida la conducta del solicitante o de cualquier otra persona.

Y se prevén asimismo otras circunstancias a tener en cuenta específicamente por el tribunal, en función de la persona que solicite esta disposición. Así por ejemplo, si lo hace el cónyuge del causante: edad del solicitante y duración del matrimonio, su contribución al bienestar de la familia (incluido el cuidado de la familia y el hogar).

De conformidad con el artículo 2, el tribunal tiene unas amplias facultades, en el supuesto de que efectivamente considere que la atribución económica efectuada por el causante al solicitante no era razonable, para determinar la cuantía y la forma de la disposición concedida al solicitante, que pueden consistir a modo de ejemplo: pagos periódicos a cargo de la herencia, o una suma concreta de dinero, la atribución de bienes específicos de la herencia...⁶ En el caso de pagos periódicos se puede establecer que sea por un plazo determinado de tiempo, o que se extingan si sucede un hecho determinado.

⁶VAQUER ALOY, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, en *Indret, Revista Para el Análisis del Derecho*, Universidad de Lleida, julio 2007: “Por otra parte, se obliga al juez –y a las partes– a realizar un ímprobo esfuerzo para detallar el estado financiero y las relaciones entre los contendientes y el causante antes, durante y después del otorgamiento del

El plazo para formular esta solicitud es de 6 meses desde la concesión de la representación de la masa hereditaria. Y durante la sustanciación del procedimiento se prevé la posibilidad de adopción de medidas cautelares.

También es posible efectuar una solicitud al tribunal para que revise estas previsiones, modificándolas o dejándolas sin efecto en el supuesto de un cambio de circunstancias. Solicitud que puedan formular las mismas personas que podían solicitar la “provision”, y también el representante del causante, beneficiarios de la herencia, y “trustees” de cualquier propiedad relevante.

1.2. Escocia

Se regula por la Succession (Scotland) Act 1964.

El cónyuge supérstite y los hijos tienen los llamados “derechos legales” (“legal rights”): el cónyuge tiene derecho a un tercio de los bienes muebles del causante si concurre con hijos o descendientes, y si no concurre, tiene derecho a la mitad de los bienes muebles.

Los hijos, colectivamente, tienen derecho a una tercera parte de los bienes muebles si concurren con cónyuge o pareja de hecho, y la mitad si no concurren. Sobre esta “legítima” cada hijo tiene derecho a una cuota igual; y si alguno de ellos premuere al causante, sus descendientes pueden reclamar su cuota por el principio de representación.

*testamento, incluso tras su muerte. Sólo hace falta leer alguna sentencia inglesa para comprender la dificultad —a la par que el grado de discreción de que disfruta— a la que debe enfrentarse el juez. Un buen ejemplo reciente es *Garland v Morris and another* [2007] All ER (D) 11 (Jan), donde el juez Furness acaba denegando la family provision a la hija desheredada por el testador, a pesar de sus notorias dificultades económicas, de tener tres hijos (de padres distintos) de los cuales sólo uno en edad laboral y de sobrevivir de subsidios. Elementos que tiene en cuenta el juez para decantar la balanza son las malas, poco menos que inexistentes en los últimos años, relaciones entre la hija y el testador, el hecho de que la hija había heredado a su madre invirtiendo la herencia en la compra de una casa, el hecho de que no trabajara ni buscara empleo desde hacía años, la mejor relación del causante con su otra hija a la que había ayudado en tiempos de dificultades y con gran preocupación por sus hijos, entre otros aspectos íntimos que se desgranaban en la relativamente larga sentencia.”*

Si en el testamento el testador ha previsto una disposición diferente a favor de estos parientes, deberán elegir entre los derechos legales y los que les concede el testamento; no pueden optar por los dos. Por ejemplo, si el testador deja un legado de 2.000 libras a su esposa en el testamento, ella pueda optar entre aceptarlo o reclamar el tercio o mitad de los bienes muebles anteriormente indicado.

1.3. Irlanda

Se regula por la Succession Act, 1965.

El único que tiene ciertos derechos que se pueden considerar como legítima es el cónyuge viudo (el texto legal se refiere a los “legal rights”) y se concretan:

- Si concurre con descendientes tiene derecho a un tercio de la herencia.
- Si el causante no deja descendencia tiene derecho a la mitad de la herencia.

El cónyuge puede renunciar a este derecho en un contrato prenupcial o posteriormente durante la vida del causante.

Además, si el causante le ha dejado un legado en testamento (y no se ha expresado en él que tiene derecho además a su participación legal), el cónyuge viudo puede elegir una u otra, y caso de no hacerlo recibe la suma legada y pierde el derecho a su participación legal.

Por lo que respecta a los hijos, no tienen derechos legales como el cónyuge, sino la posibilidad de reclamar una suerte de derecho de alimentos. Dispone en concreto el apartado 117: “*Cuando a solicitud del hijo del testador o en su nombre el Tribunal, considere que el testador no ha cumplido su obligación moral de atender debidamente las necesidades de su hijo, de acuerdo con sus medios, ya sea por testamento o en otra forma, el Tribunal podrá ordenar que se atiendan esas necesidades del hijo, como el Tribunal considere*

justo". El Tribunal deberá estudiar la solicitud desde el punto de vista de un padre justo y prudente, teniendo en cuenta la situación de cada hijo y cualquier otra circunstancia que pueda considerar.

Este derecho de los hijos fue estudiado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 19 de julio de 2004, que señala: "*A lo que más se asemejan los derechos de los hijos del testador (en el régimen sucesorio irlandés) es a un derecho alimenticio a cargo de la herencia, si el hijo lo precisa, ya que conforme al mismo, los hijos no tienen el carácter de herederos forzosos del testador y éste tiene amplia libertad de testar cuando se trata de sus hijos*".

1.4. Canadá

En Canadá el derecho sucesorio no se regula a nivel federal, sino en cada una de las provincias y territorios. Podemos destacar, a modo de ejemplo, la regulación existente en Toronto y Québec.

En Toronto se rige por la Succession Law Reform Act de 1990, y contiene una regulación similar a la del Derecho inglés. Cuando el causante, no haya efectuado una provisión adecuada para el correcto mantenimiento de las personas a su cargo, cualquiera de ellas puede solicitar al tribunal un derecho de alimentos a cargo de la herencia. En concreto están legitimadas para formular dicha solicitud: cónyuge o pareja de hecho, ascendientes, hijos o hermanos del causante, a los cuales el causante mantenía o tenía obligación legal de hacerlo inmediatamente antes de su fallecimiento.

A la hora de determinar si procede este derecho de alimentos, su duración y cantidad, el tribunal tiene que tener en cuenta todas las circunstancias de la solicitud, y entre ellas: ingresos actuales y probables en el futuro del solicitante, su capacidad para mantenerse por sí solo, su edad y estado de salud físico y psíquico, sus necesidades de acuerdo con su nivel de vida habitual, la duración de la relación y su proximidad con el causante, su contribución al bienestar del causante, si a su vez el solici-

tante tiene obligación legal de mantener a otra persona, acuerdos entre el causante y el solicitante, los bienes recibidos en vida del causante.

En cuanto a Québec, el Código Civil de Québec de 1.994 aunque parte de la base de la libertad de testar (art. 703) introduce algunas limitaciones a la libertad de testar para otorgar protección al cónyuge superviviente y a los hijos menores: la institución del patrimonio familiar y de la obligación de alimentos, restringiéndola sobre el Código Civil del Bajo Canadá de 1.865, que recogió los principios del ordenamiento inglés.

La obligación de alimentos subsiste a la muerte del proveedor y es a favor del cónyuge, ex cónyuge y los progenitores en línea directa. Tales importes se deducen del montante de la herencia.

Por otra parte la residencia de la familia, los bienes que los ocupa y que son de uso familiar, los vehículos a motor y los beneficios devengados durante el matrimonio bajo un plan de jubilación se consideran patrimonio familiar común, siendo repartido tal patrimonio al 50% entre ambos cónyuges.

También existe una prestación compensatoria que permite que el cónyuge del causante reclame un importe de dinero con el que contribuyó al enriquecimiento del causante.

1.5. Estados Unidos

Esta materia no es competencia federal, sino que se rige por la legislación de cada Estado.

En general, el cónyuge tiene derecho a la “elective share”, una cuota sobre el patrimonio del causante, que suele ser de un tercio; y tiene libertad para escoger los bienes hasta cubrir el porcentaje de asignación forzosa. A los hijos no se les reconoce legítima. Únicamente los hijos menores de edad pueden reclamar alimentos a cargo de la herencia y sólo hasta la mayoría de edad.

1.6. México

El artículo 1.368 del Código Civil Federal Mexicano según su reforma de 13 de abril de 2.007 señala:

“El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de su muerte;

II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad; cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;

III. Al cónyuge supérstite cuando este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;

IV. A los ascendientes;

V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijo, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge ninguna tendrá derecho a alimentos;

VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan 18 años, si no tienen bienes para sobrevivir a sus necesidades”.

El artículo 1.369 precisa que no hay obligación de alimentos sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado.

En conclusión, se puede afirmar que lo más destacable de la regulación de los países anglosajones es la protección asignada al cónyuge viudo, no

sólo igual sino incluso superior a la asignada a los hijos del causante, puesto que en muchos casos al único que la ley reserva derechos sucesorios es al cónyuge supérstite, mientras que a los hijos se les reconoce únicamente un derecho de alimentos en caso de necesitarlo (Irlanda, EE.UU).

También llama la atención cómo la definición de los beneficiarios de estos derechos se basa en razones de efectiva afectividad y dependencia durante la vida del causante y no exactamente en la mera existencia de vínculos consanguíneos. Todo ello se acerca más a las tendencias actuales surgidas en los países continentales, donde se cuestionan las legítimas clásicas, que protegen la familia tradicional, en vez de favorecer los vínculos afectivos reales.

2. FRANCIA

2.1. Antecedentes legislativos

En Francia también existe legítima, que se denomina reserva, y esta materia ha sido reformada por la Ley de 3 de diciembre de 2001 y especialmente por la Ley de 23 de junio de 2006.

El Código Napoleónico fusionó en su día las características de los diferentes regímenes que le habían precedido. Concebía la reserva como *pars hereditatis*, es un derecho dentro de la sucesión, subordinada al ejercicio por los reservatarios de sus derechos sucesorios. Las justificaciones jurídicas de la reserva fueron también asumidas y enraizadas en la sociedad: que los descendientes debían ser protegidos, que cada uno tenía un deber hacia sus parientes más próximos, que debía reinar un mínimo de igualdad entre los descendientes...

Poco a poco surgen corrientes favorables a una mayor libertad de testar. La reforma de 2001 introduce la reserva del cónyuge en determinados supuestos; pero además muestra otro camino más adaptado a la realidad social, otorgando al cónyuge en lugar de reserva derechos imperativos sobre la vivienda habitual.

La ley de 2006 trata de aumentar claramente la libertad de testar, afectando a la naturaleza y a las características de la reserva, que sin embargo no desaparece.

2.2. Análisis del texto legal

2.2.1. Concepto de reserva hereditaria

El artículo 912 define la reserva hereditaria como la parte de bienes y derechos sucesorios sobre los cuales la ley asegura la transmisión libre de cargas a favor de ciertos herederos, denominados reservatarios, si son llamados a la sucesión y si la aceptan. La cuota disponible (parte de libre disposición) es la parte de bienes y derechos sucesorios que no está reservada por la ley, y de la que el causante puede disponer libremente por medio de liberalidades.

2.2.2. Herederos reservatarios:

a) Descendientes

La ley no determina la reserva, solamente la cuota disponible que varía según el número de hijos, en el artículo 913. Y así, la reserva será de la mitad del caudal si el causante deja un solo hijo, de dos tercios si deja dos hijos, y de tres cuartos si deja tres o más hijos.

Si el hijo renuncia a la sucesión sin dejar nietos, después de la reforma de 2006 no está ya comprendido en el número de hijos dejados por el difunto, al contrario de la regla anterior (artículo 913).

b) Cónyuge

Si no concurre con descendientes, tiene una reserva de un cuarto (artículo 914.1 redactado por ley de 2001). Sus derechos imperativos más importantes son los derechos de disfrute temporal, uso y habitación del domicilio conyugal, que técnicamente no son derechos reservatarios, pero que en definitiva suponen una limitación a la libertad de testar del causante.

Así, si a la época del fallecimiento, el cónyuge supérstite ocupa efectivamente a título de vivienda habitual principal, una vivienda perteneciente a los esposos o afecta a la sucesión, el cónyuge tiene derecho:

- durante un año, al disfrute gratuito de dicho alojamiento y del mobiliario (artículo 763): especifica el precepto que dicho derecho se considera efecto directo del matrimonio y no un derecho sucesorio, y que es un artículo de orden público.
- hasta su fallecimiento, y salvo voluntad en contrario del causante, tiene derecho de habitación y derecho de uso del mobiliario también en relación con la citada vivienda (artículo 764).

c) Ascendientes

En el régimen anterior a la ley de 2006, si el causante no tenía descendientes, los ascendientes tenían una reserva (antiguo artículo 914), en la que no se distinguía el grado de parentesco. La reserva era invariable cualquiera que fuese el número de ascendientes: un cuarto de la sucesión para cada línea. En consecuencia, si existían ascendientes en cada línea la cuota disponible era de la mitad, y si sólo había ascendientes en una línea, la cuota disponible era de tres cuartos. La ley de 2006 ha derogado esta reserva, y en su lugar se regula un derecho de retorno legal.

2.2.3. Cálculo de la reserva

Para el cálculo de la reserva se parte del activo presente y neto, se deduce el pasivo y después, de un modo ficticio, se añaden las liberalidades colacionables (artículo 922).

Evidentemente las liberalidades a favor de los no reservatarios, extraños o sucesores ordinarios se imputan a la cuota disponible. Y si exceden la cuota disponible son reducidas.

Más dificultades presentan las liberalidades hechas a favor de los reservatarios, si se deben imputar a la parte de libre disposición o a la reserva, lo que depende de la naturaleza de la liberalidad.

El artículo 919 dispone que:

“La parte de libre disposición podrá darse en parte o en su totalidad, ya sea por acto entre vivos o por testamento, a los hijos u otros sucesores del donante sin estar sujeta a colación por el donatario o el legatario llamado a la sucesión, siempre que, en lo que afecta a las donaciones, la disposición haya sido hecha expresamente a título de mejora y con cargo a la parte de libre disposición.

*La declaración de que la donación es a título de mejora y con cargo a la parte de libre disposición podrá hacerse en el acto que contenga la disposición o, posteriormente, en la forma prevista para los actos de disposición entre vivos o por testamento.”*⁷

Esto es, cuando el causante lo preveía expresamente, la donación a favor del reservatario se imputaba a la parte de libre disposición. En caso contrario, se imputa en primer lugar a su reserva; el problema surgía si la donación excedía de la cuota de reserva. Y las diferentes interpretaciones han sido clarificadas por la reforma del año 2006 que introduce los artículos 919.1 y 919.2, que señalan:

- Estas donaciones hechas a un heredero reservatario, si no se dice nada en contrario, se imputan en primer lugar a su cuota de reserva, después a la parte de libre disposición. Y el excedente está sujeto a reducción.
- En las liberalidades hechas con cargo a la parte de libre disposición, el excedente está sujeto a reducción.

⁷ Artículo 919: *“La quotité disponible pourra être donnée en tout ou en partie soit par acte entre vifs, soit par testament, aux enfants ou autres successibles du donateur, sans être sujette au rapport par le donataire ou le légataire venant à la succession, pourvu qu’en ce qui touche les dons la disposition ait été faite expressément et hors part successorale.*

La déclaration que la donation est hors part successorale pourra être faite, soit par l’acte qui contiendra la disposition, soit postérieurement, dans la forme des dispositions entre vifs ou testamentaires.”

2.2.4. Reducción de liberalidades excesivas

La ley de 2006 ha introducido el principio de que la reducción se ejercerá en valor (artículo 924) por medio de una indemnización, en realidad una especie de compensación.

Según el artículo 921, la reducción puede ser solicitada por aquellos en cuyo favor la ley prevé la reserva, por sus herederos y causahabientes. Los donatarios, legatarios y acreedores del causante no pueden demandar esta reducción ni beneficiarse de la misma.

En este punto entra en juego una de las novedades introducidas por la reforma del año 2006. Uno de los principios esenciales en el Derecho de sucesiones francés, introducido por el Código napoleónico, inspirado por los principios revolucionarios, es la prohibición de celebrar pactos sobre la sucesión futura. La reforma de la ley del año 2006 mantiene nominalmente este principio como regla general (artículo 722), pero admite excepciones, en los supuestos que sean autorizados por la ley.

Y una de las principales novedades de la ley de 2006 es la posibilidad de renunciar anticipadamente al ejercicio de la acción de reducción. Todo heredero reservatario, antes de la apertura de la sucesión, puede renunciar a ejercer una acción de reducción, con el consentimiento del causante y en beneficio de una o más personas determinadas (artículo 929). La renuncia no obliga al renunciante sino desde el día en que haya sido aceptada por el futuro causante. Puede afectar a toda la reserva, o a parte de ella, o afectar sólo a un bien o a varios concretos, y no puede estar sujeta a condición.

La eficacia de la renuncia está condicionada a que el testador efectivamente favorezca a la persona que se designa en la renuncia. Si posteriormente no tiene lugar esta liberalidad a favor de dicho tercero, la renuncia a la acción de reducción no tendrá efecto, al igual que si se dona o lega un bien distinto que el que se preveía en la renuncia o se hace a favor de persona distinta (artículo 930.2).

El legislador ha introducido todo tipo de precauciones para evitar que esta novedad, contraria a los principios tradicionales de Derecho sucesorio, pueda suponer el retorno a costumbres antiguas o incluso costumbres de carácter islámico que impliquen discriminaciones (como evitar la exclusión de las mujeres en la sucesión o la vuelta al mayorazgo):

- Se ha de hacer en escritura notarial ante dos notarios; se firma separadamente por cada renunciante en presencia únicamente de los notarios. Y debe precisar las consecuencias jurídicas futuras para cada renunciante. La renuncia es nula si no cumple dichas condiciones o cuando el consentimiento del renunciante está viciado por el error, el dolo o la violencia (artículo 930).
- Reglas de capacidad reforzada: según el artículo 930.1 se requiere la misma capacidad que para otorgar donaciones inter vivos, y no se permite la renuncia anticipada a los menores emancipados.
- La renuncia no puede ser calificada de liberalidad (artículo 930.1); aunque seguramente el motivo de esta precisión es de carácter fiscal.

Para garantizar la seguridad jurídica, la renuncia es irrevocable con tres excepciones, previstas en el artículo 930.3:

- que el designado beneficiario de la renuncia no haya cumplido sus obligaciones alimenticias hacia el renunciante;
- si el renunciante, en el momento de apertura de la sucesión, se encuentra en un estado de necesidad que desaparecería si él no hubiese renunciado a sus derechos reservatarios;
- si el beneficiario de la renuncia comete un crimen o un delito contra el renunciante.

A partir de la reforma de 2006, la acción de reducción prescribe en el plazo de cinco años a contar desde la apertura de la sucesión, o de dos años a contar desde que los herederos conocen el acto que perjudica la

reserva, sin que jamás pueda exceder de 10 años a contar desde el fallecimiento (artículo 921.2). Anteriormente, y conforme a los principios generales de prescripción extintiva, el plazo era de 30 años, lo que según la opinión general era un plazo excesivo.

Esta medida cumple con la principal finalidad de la reforma de 2006, que es facilitar la transmisión de empresas y patrimonios familiares

2.2.5. Orden de las reducciones

La regla general sigue el principio de *prior tempore potior iure*, esto es, respetar los derechos anteriores. No obstante es preciso distinguir entre legados y donaciones.

Los legados se reducen antes que las donaciones (artículo 923), incluso cuando el testamento es anterior a la donación. Si existen varios legados y la reserva está afectada, soportan juntos la reducción, y se reducen proporcionalmente a su valor (artículo 926). Es una presunción de la voluntad del testador, que puede evitarse por una declaración de preferencia por un legado determinado (artículo 927).

Las donaciones se reducen después de los legados. Si se hacen varias con la misma fecha, se reducen proporcionalmente. Si son de diferente fecha, la reducción comienza por la más reciente (artículo 923); de esta manera se respecta la regla de la irrevocabilidad de las donaciones.

2.2.6. Modalidades de la reducción

Según el Código napoleónico, aunque no se enunciaba expresamente, la reducción se ejercía normalmente en natura, y excepcionalmente en valor. Era un elemento esencial de conformidad con los principios de Derecho sucesorio, y con la configuración de la reserva como *pars hereditatis*, como una porción de la sucesión.

A partir de las leyes de 1938, 1961 y 1971 estas excepciones toman una importancia creciente (así por ejemplo: según el antiguo artículo

866, la donación a un heredero que exceda de la parte de libre disposición y de la reserva del beneficiario, se reduce en valor –regla que a su vez tenía también excepciones–. La ley de 2006 recoge esta evolución e invierte el principio: a partir de ahora, las liberalidades excesivas son reducidas en valor, salvo dos excepciones limitadas. Las razones son sobre todo de seguridad jurídica, frente a la solidaridad familiar fundamento de la reserva. Porque la reducción *in natura* obligaba al beneficiario a restituir en todo o en parte el mismo bien objeto de la liberalidad, y podía ser ejercida inicialmente incluso contra el tercer adquirente.

El artículo 924.1 enuncia la nueva regla en términos generales: cuando la liberalidad excede de la parte de libre disposición, el beneficiario, sucesor o no, debe indemnizar a los herederos reservatarios en la porción excesiva de la liberalidad.

Se regulan dos excepciones, en las que la reducción se hace *in natura*:

a) Artículo 924.1: el beneficiario puede ejecutar la reducción *in natura* cuando el bien legado o donado le siga perteneciendo y esté libre de cualquier carga, y tampoco hubiera estado gravado en el momento de la liberalidad, y que no haya sido objeto de ocupación desde esa fecha.

b) Artículo 924.2: en caso de insolvencia del beneficiario, los herederos reservatarios pueden ejercer la acción de reducción o reivindicación contra los terceros poseedores de inmuebles que eran parte de la liberalidad y que fueron enajenados por el beneficiario. La acción se ejerce de la misma manera que contra los beneficiarios de la liberalidad y siguiendo el orden cronológico de las enajenaciones, comenzando por la más reciente. También puede ser ejercida contra los terceros poseedores de bienes muebles cuando no pueden invocar el artículo 2276. (De esta manera la seguridad jurídica del tercer adquirente, que era una de las razones de la sustitución de la reducción *in natura* por la reducción en valor, no es absoluta).

Como ya se anticipaba en la reforma de 1971, cuando en el momento de la donación o posteriormente el donante y todos los presuntos herederos reservatarios han consentido la enajenación del bien donado, no puede ser ejercida la acción referida contra los terceros poseedores (lo que supone un nuevo pacto sobre la sucesión futura autorizado). En el caso de legados, esta acción no puede ser ejercida cuando los herederos reservatarios han consentido la enajenación (artículo 924.4).

En cuanto a su ejercicio, el beneficiario está obligado a una indemnización equivalente a la parte excesiva de la liberalidad que se reduce. Esta suma es, en principio, pagadera en el momento de la partición, salvo acuerdo entre los coherederos (artículo 924.3).

En cuanto al cálculo de la indemnización: se calcula según el valor de los bienes donados o legados en el momento de la partición o de su enajenación por el beneficiario, y en función de su estado en el momento en que la liberalidad tuvo efecto. Si existe subrogación, el cálculo de la indemnización tiene en cuenta el valor de los nuevos bienes en el momento de la partición, y según su estado en el momento de su adquisición (artículo 924.2).

En resumen, podemos enunciar como principales modificaciones que introduce la ley de 2006:

- Las acciones de los reservatarios en defensa de su derecho de reserva ya no se ejercen *in natura*: si se sobrepasa la cuota disponible, en principio, no se sanciona con la reducción *in natura* de la liberalidad excesiva, sino por una indemnización a la que está obligado el favorecido con la liberalidad.⁸ La finalidad es, sobre todo,

⁸ VAQUER ALOY, "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", en *Indret, Revista Para el Análisis del Derecho*, Universidad de Lleida, julio 2007: "En Francia, aunque la *réserve* constituye una parte de la herencia, adopta sin embargo algunos caracteres propios de un derecho de crédito".

proteger las explotaciones familiares y la seguridad jurídica del tercero que contrata con el beneficiario de una liberalidad.

- El carácter de orden público de la reserva se atenúa, sin desaparecer completamente: en vida del causante un heredero reservatario puede renunciar a ejercer una acción de reducción en una sucesión no abierta, con el consentimiento del causante, si la renuncia es hecha en beneficio de una o más personas determinadas.
- Se excluye a los ascendientes de la lista de reservatarios.
- Finalmente, el hijo que renuncia a la sucesión no está comprendido en el cálculo de la cuota de la parte disponible salvo que esté representado (mientras que antes el principio era la invariabilidad de la parte disponible).

3. PAÍSES AFINES A FRANCIA

3.1. Italia

En Italia, al igual que ocurre en Francia, la cuota de herencia que la ley reserva a los legitimarios varía en función de los herederos que existen y de su número. Las reservas son las siguientes:

- SI CONCURRE SÓLO 1 HIJO (artículo 537) le corresponde la mitad del patrimonio hereditario del fallecido. La otra mitad es de libre disposición.
- SI CONCURRE SÓLO EL CÓNYUGE (artículo 540) la ley le reserva el 1/2 del patrimonio hereditario. El otro 50% es de libre disposición. Si concurre con otros, la ley le reserva además el usufructo de la vivienda familiar.
- SI CONCURREN SÓLO LOS ASCENDIENTES (artículo 538) la ley reserva a favor de sus ascendientes la mitad del patrimonio, la mitad es de libre disposición.

- SI CONCURREN MÁS DE 1 HIJO (artículo 537) a todos ellos les corresponden los 2/3 del patrimonio, que se repartirá en partes iguales. El tercio que queda, es de libre disposición.
- SI CONCURRE EL CÓNYUGE CON UN HIJO (artículo 542) 1/3 va al hijo, otro tercio al cónyuge y el otro tercio es de libre disposición.
- SI CONCURRE EL CÓNYUGE CON MÁS DE UN HIJO (artículo 542) le corresponden los 2/4 del patrimonio, al cónyuge 1/4 y lo que queda, 1/4, es de libre disposición.
- SI CONCURRE EL CÓNYUGE CON LOS ASCENDIENTES (artículo 544), al cónyuge le corresponde el 50% del patrimonio hereditario, y a los ascendientes 1/4. El otro cuarto es de libre disposición.

Destaca la posición del cónyuge viudo, al que se le otorga, a diferencia de España donde sólo tiene el usufructo, una cuota de la herencia que varía entre la mitad y un cuarto, y además, se le reconoce el derecho de habitación sobre la vivienda familiar y el derecho de uso sobre el ajuar familiar, si pertenecían al difunto o eran comunes. Se trata de derechos que gravan la porción disponible y cuando ésta no sea suficiente, la cuota reservada al propio cónyuge y eventualmente, la cuota de los hijos.

Se establece, incluso, una reserva a favor del cónyuge separado (artículo 548). Si no hay culpa en la sentencia de separación, al cónyuge separado le corresponden los mismos derechos que al cónyuge no separado.

Si hay culpa, le corresponde un cheque vitalicio, siempre y cuando al momento de abrir la sucesión esté percibiendo una pensión alimenticia a cargo del cónyuge fallecido. El importe del cheque dependerá de varios factores, como por ejemplo del patrimonio hereditario, número legitimarios, etc.

Para el cálculo de la legítima se tienen en cuenta el relictum, compuesto por los bienes integrantes de la masa hereditaria, inclusive aquellos que sólo aparentemente han salido de la herencia –por ejemplo, mediante contratos simulados o nulos–.

Al relictum se le detraen las deudas y posteriormente se le suma el donatum: todos los bienes de los que el causante hubiera dispuesto a título gratuito, –en principio sin límite temporal–. En este punto es destacable que si el testador ha donado bienes inmuebles y éstos han sido adquiridos por terceros, el legitimario no sólo tiene acción frente al donatario –acción de reducción– sino que también puede ejercitar la acción de restitución frente a los sucesivos adquirentes del inmueble por un plazo de 20 años.

Constituyen excepciones al principio de intangibilidad de la legítima del Derecho italiano el legado en sustitución de la legítima, según el cual el legatario si acepta el legado, aunque sea de inferior valor al de la legítima, pierde el derecho a reclamar el suplemento de legítima.

Pero en torno a las excepciones sobre la intangibilidad de la legítima, la novedad más destacable del Derecho sucesorio italiano la constituye, sin duda, la introducción de **los pactos de familia**, mediante la Ley de 14 de febrero de 2006. Según indica María Martínez ⁹ se definen como “*el contrato mediante el cual el empresario transfiere, en todo o en parte, su patrimonio empresarial (l’azienda) o mediante el cual el titular de participaciones societarias transfiere, en todo o en parte, la propia cuota a un o más descendientes; siempre con respeto a las normas sobre empresa familiar y a los distintos tipos de sociedad*”.

⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARÍA. «Admisión de “pactos de familia” en Derecho italiano después de la reforma del Código civil en 2006². Legge 14 febbraio 2006, n. 55 recante “Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia”. (GU N.50 DEL 1-3-2006).». principal, 2007 (*Estudios*) NUL. *Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos*, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/>.

El Derecho italiano, en modo casi idéntico a lo que ocurre en Francia, proscribire con carácter general los pactos sucesorios, pero admite esta excepción limitada, eso sí, al patrimonio empresarial del causante¹⁰.

Para su validez es preciso que conste en documento público y que se otorgue por el cónyuge y todos los legitimarios del causante. A los legitimarios no beneficiados por el pacto de familia se les reconoce únicamente una deuda de valor por el importe de su legítima.

Para terminar, otra nota destacada del Derecho sucesorio italiano es la admisión del poder *post mortem*, que faculta al mandatario a actuar tras la muerte del causante.¹¹

3.2. Portugal

El artículo 2156 del Código Civil define la legítima como la porción de bienes de que el testador no puede disponer por estar legalmente destinada a los herederos legitimarios. Y en el artículo 2157 precisa que son herederos legitimarios el cónyuge, los descendientes y los ascendientes.

En cuanto a la cuantía de la legítima:

- si el cónyuge no concurre con descendientes ni ascendientes, su legítima es de la mitad de la herencia (artículo 2158);
- si concurren cónyuge e hijos, la legítima son dos terceras partes de la herencia (artículo 2159.1);
- si concurren hijos pero no cónyuge: si sólo hay un hijo la legítima será de la mitad de la herencia, y si son dos o más hijos, dos terceras partes de la herencia (2159.2);

¹⁰ La ordenación de la sucesión del patrimonio empresarial del causante establecida en el derecho italiano a través de los pactos de familia, recuerda a la ordenación de la sucesión en el patrimonio empresarial prevista en el anteproyecto valenciano.

¹¹ Esta figura se reconoce también en el derecho alemán, según veremos.

- si concurren ascendientes y cónyuges, la legítima es de dos terceras partes de la herencia (artículo 2161);
- si sólo concurren ascendientes, en el caso de los padres la legítima es la mitad de la herencia, y para el resto de los ascendientes, un tercio de la herencia (artículo 2161.2).

Para el cálculo de la legítima se debe atender al valor de los bienes existentes en el patrimonio del causante en el momento del fallecimiento, y al valor de los bienes donados y disposiciones sujetas a colación (artículo 2162). En principio, están sujetos a colación todos los bienes y valores donados a los descendientes por el causante; se exceptúan las disposiciones por razón de matrimonio, alimentos, establecimiento o colocación de descendientes, siempre que sean conformes con los usos y condición económica y social del fallecido; la colación puede ser también dispensada por el testador en el acto de la donación o posteriormente (artículo 2104, 2110, 2113).

Se prevé en el artículo 2166 la posibilidad de desheredar al heredero legitimario pero por causas tasadas: haber sido condenado por algún delito doloso cometido contra la persona, bienes u honor del causante, su cónyuge, ascendientes o descendientes, siempre que dicho delito esté castigado con pena de más de 6 meses de prisión; haber sido condenado por denuncia falsa o falso testimonio contra las mismas personas; haber negado sin justa causa alimentos debidos al causante o su cónyuge.

Se prevé también la reducción de las liberalidades inoficiosas (bien disposiciones testamentarias o donaciones), que perjudiquen la legítima; y se prohíbe expresamente la renuncia, en vida del causante, al derecho a la reducción de dichas liberalidades (artículos 2168, 2170).

3.3. Suiza

En Suiza, de acuerdo con el artículo 471 del Código civil federal suizo, la reserva es de las tres cuartas partes de la herencia para un descendiente,

de la mitad para el cónyuge sobreviviente o para el conviviente de hecho inscrito como tal, y para el padre o la madre de la mitad de la herencia.

3.4. Bélgica

La cuantía de la legítima varía en función de los herederos forzosos que concurren.

En concreto, los artículos 913 y siguientes regulan la parte de los bienes del causante de que puede disponer libremente por actos *inter vivos* o *mortis causa*; lo que implica que se reservan las siguientes cuotas:

- si concurre un hijo: la mitad de la herencia;
- si concurren dos hijos: dos terceras partes de la herencia;
- si concurren tres o más hijos: tres cuartas partes de la herencia;
- si no concurren descendientes, pero sí ascendientes de línea paterna y materna: la mitad de la herencia; si sólo concurren ascendientes de una línea: un cuarto de la herencia. Sin embargo, los ascendientes carecen de reserva si el cónyuge supérstite concurre en la sucesión.

Por su parte, el cónyuge supérstite tiene derecho al usufructo de la mitad de los bienes de la herencia; además, las liberalidades por actos *inter vivos* o *mortis causa* no pueden privar al cónyuge supérstite del derecho de usufructo sobre la que fuese la vivienda habitual de la familia en el momento de apertura de la sucesión.

Si no concurren ascendientes, descendientes ni cónyuge, el testador puede disponer libremente de la totalidad de sus bienes, por actos *inter vivos* o por vía testamentaria.

4. ALEMANIA

En Alemania, el artículo 14 de la Constitución (G.G.) garantiza la libertad de testar –junto con el derecho a la propiedad– como un dere-

cho fundamental individual del causante y de los sucesores, y como una institución de Derecho privado.

No obstante, la libertad de testar, que como principio consagra la Constitución, no es omnímoda y legalmente está limitada por la institución de la legítima, establecida a favor de los descendientes, padres, y cónyuge o pareja de hecho del causante (§ arts. 2301 y siguientes del B.G.B.).

Recientemente el Tribunal Constitucional alemán ha confirmado la constitucionalidad de la legítima, como límite de la libertad de testar¹². Según el Tribunal Constitucional, la legítima se fundamenta en la protección del matrimonio y la familia (§ art. 6 G.G.), y otorga al legitimario una participación en la herencia indisponible e independiente de cualquier necesidad del legitimario.¹³

¹² Sentencia publicada en el repertorio BVer GE 112, p. 332-363.

¹³ Como indica VAQUER ALOY, "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", en *Indret, Revista Para el Análisis del Derecho*, Universidad de Lleida, julio 2007: "En su sentencia de 19 de abril de 2005, el Tribunal Constitucional alemán ha afirmado que la libertad de testar es un elemento determinante de la garantía del Derecho de sucesiones, como reflejo del derecho a la propiedad privada y del principio de la autonomía privada en la libre autodeterminación del individuo (art. 2.2 Constitución alemana). En particular, considera el Tribunal que no hay mandato constitucional por el que el causante deba conceder un trato igualitario a sus descendientes. Al mismo tiempo, ha establecido que la misma garantía, protección y rango constitucional del art. 14 –el derecho a la propiedad privada– merece la participación mínima de los hijos en la herencia mediante la regulación vigente de la legítima. Afirma que es un elemento nuclear tradicional del Derecho de sucesiones alemán, igual como la libertad de testar, y que esta participación mínima en la herencia es independiente de toda situación de necesidad del legitimario. Alega el Tribunal Constitucional que la institución de la legítima tiene una larga tradición histórica y que lo mismo ocurre en los restantes países europeos de tradición romanística. Estima que las legítimas están vinculadas con la protección constitucional de las relaciones entre padres e hijos (art. 6.1 Constitución alemana). Invoca como fundamento de la institución legitimaria la solidaridad familiar entre generaciones y, tras aseverar que el derecho a la legítima, como el derecho de alimentos, aparece vinculado a las relaciones familiares entre el causante y su descendencia, concluye que la libertad de testar del causante está sujeta constitucionalmente a las relaciones que el Derecho de familia funda con la descendencia, lo que concede legitimación a los hijos con derecho a la legítima a asegurarse una participación económica en la herencia del progenitor difunto. La cuota de la herencia a que tiene derecho el legitimario debe ser adecuada ("angemessene Beteiligung") teniendo en cuenta los anteriores argumentos".

No obstante, hay que resaltar que en el Derecho alemán la legítima no es *pars hereditatis*; el legitimario únicamente ostenta un derecho de crédito frente al heredero por el importe de la legítima.

4.1. Cuantía de la legítima

La legítima es la mitad de la cuota hereditaria legal prevista para la sucesión intestada, lo que significa que **en el BGB la legítima es la mitad de la herencia, y la otra mitad es de libre disposición.**

1) Los legitimarios de primer orden son los descendientes. Si solo hay descendientes su legítima es de LA MITAD DE LA HERENCIA, repartida de forma igualitaria entre las stirpes y la parte de libre disposición la otra mitad.

2) Si concurrieren hijos y cónyuge, los primeros tienen derecho a 3/8 (37,50 %) de la herencia y el cónyuge 1/8 (12,50 %), lo que en resumidas cuentas significa que entre todos la legítima es de LA MITAD DE LA HERENCIA, y la parte de libre disposición la otra mitad.

3) Si concurren ascendientes y cónyuge, la legítima sería también la MITAD DE LA HERENCIA sólo que esa 1/2 se distribuye de diferente forma: 1/4 (o un 25%) para el cónyuge y otro 25% para los parientes de segundo orden. **Quedaría igualmente como parte de libre disposición la mitad de la herencia.**

Obviamente con respecto a nuestro Derecho hay una diferencia sustancial en cuanto a la cantidad destinada a libre disposición (1/2 de la herencia) y la cantidad reservada a legítima (1/2 de la herencia), cantidad fija en todo caso, independientemente del número y calidad de los legitimarios e independiente de su situación o no de necesidad.

Otra diferencia relevante es la condición del cónyuge viudo o su pareja de hecho como auténticos legitimarios con derecho al valor de una parte de la herencia en propiedad, no solo como usufructuario.

A la legítima del cónyuge hay que añadir la parte que éste tiene derecho a percibir como liquidación del régimen económico de participación.¹⁴

4.2. Pago de la legítima

La legítima en el Derecho alemán no otorga ningún derecho sobre la herencia, ni ninguna participación en la herencia, sino sólo el derecho a reclamar una cantidad de dinero al heredero.

Esta pretensión (§2303 BGB) sólo se ejercita cuando el legitimario ha sido excluido del testamento o cuando el heredero legitimario recibe una cantidad menor a la cuota que le corresponde, o cuando recibe su cuota gravada mediante sustitución fideicomisaria, albaceazgo, reglas de petición, legado, o cuando el legitimario es instituido fideicomisario.

El plazo para pedir el pago de la legítima es relativamente corto: tres años desde que el legitimario excluido tiene noticia de la apertura de la sucesión y en todo caso treinta años desde el fallecimiento del causante.

4.3. Aplazamiento del pago de la legítima

Para evitar los problemas que el pago de la legítima puede ocasionar al heredero, el §2331 del BGB contempla la posibilidad de aplazar el pago de la legítima, sobre todo cuando éste le resulta especialmente gravoso, obligándole a vender la vivienda familiar o la empresa familiar, que constituye la base económica de la familia.

En estos momentos sólo puede solicitar el aplazamiento el heredero que sea también legitimario, expresando los motivos, y se concede, en la medida que sea razonable y sopesando los intereses de ambas partes.

¹⁴ El cónyuge tiene derecho a pedir, independientemente de la legítima de 1/8, 1/4 de la herencia como liquidación global del régimen económico del matrimonio –cantidad que reduce el caudal y la legítima de los descendientes–. También puede repudiar la herencia y exigir la legítima corta de 1/8 más la participación en las ganancias, determinadas según el régimen económico del matrimonio. Esta posibilidad se usa cuando ha habido una ganancia desproporcionalmente elevada del otro cónyuge.

En el proyecto de ley en tramitación se indica, sin embargo:

“El heredero puede obtener un aplazamiento de la legítima cuando el cumplimiento inmediato de la entera prestación fuera inequitativamente gravosa para el heredero en atención a la composición de la herencia, en particular cuando le compeliere a abandonar el domicilio familiar o a la enajenación de bienes productivos que representen para el heredero y su familia el fundamento de su vida económica”.

Por lo tanto está previsto ampliar el aplazamiento del pago de la legítima a todos los herederos, no sólo a los legitimarios.

4.4. Donaciones colacionables

El BGB establece que el causante puede imputar al pago de la legítima las donaciones hechas en vida. Actualmente debe expresarlo así en el momento de realizar la donación, pero está previsto reformarlo para que esta manifestación pueda hacerse a posteriori.

A la hora de calcular el caudal hereditario, el BGB prevé la colación de todas las donaciones realizadas en los diez años anteriores al fallecimiento.

No obstante, el proyecto de reforma del Derecho de sucesiones prevé una reducción del porcentaje colacionable de las donaciones en función del plazo transcurrido entre la donación y el fallecimiento del causante: al año se colacionaría un 90%, a los dos años un 80%, a los tres años un 70%... y así sucesivamente.

4.5. Causas de desheredación

Obviamente las causas de desheredación más o menos rígidas también influyen en la libertad de testar.

Actualmente son muy estrictas, y se regulan separadamente las causas de desheredación respecto a cada uno de los legitimarios, pero en la reforma prevista se unifican las causas de desheredación respecto a todos los herederos y se amplían: haber cometido un delito grave, la comisión

de una falta contra el propio testador o incluso contra personas próximas a él (como su pareja de hecho).

4.6. Poder Prorrogado y Poder *Post Mortem*

Al objeto de permitir la continuidad en la gestión de la empresa o negocio familiar a la muerte del testador se prevén estas dos figuras.

El poder prorrogado se prevé para los casos en que debe asegurarse una administración continuada, y consiste en un poder que estando ya vigente en vida del causante, mantiene su eficacia después de su muerte.

Por el contrario, el poder *post mortem*, es un poder que aplaza su eficacia hasta la muerte del poderdante.

En resumen, las notas más sobresalientes del Derecho de sucesiones alemán son:

- La parte de libre disposición es la 1/2 de la herencia, independientemente de los herederos que concurren.
- La legítima del cónyuge o pareja de hecho adopta la misma fórmula que la del resto de los legitimarios, no un simple usufructo.
- La legítima otorga un derecho de crédito frente al heredero, no el derecho a una parte de la herencia.
- Entre los ascendientes sólo son legitimarios los padres.
- Se puede diferir el pago de la legítima, para evitar que sea excesivamente gravosa; de *lege ferenda* se prevé la ampliación de los casos en que puede solicitarse el pago diferido.
- Se limitan las donaciones colacionables, siendo previsible que se siga avanzando por este camino.
- Se prevé ampliar –tímidamente– las causas de desheredación.

VI. DERECHOS FORALES

Sin detenernos en el examen del Derecho foral vizcaíno, que ha sido ya objeto de análisis, merece la pena hacer un repaso por el resto de los ordenamientos forales, caracterizados todos ellos por una mayor libertad de testar que la del Derecho Civil Común establecida en el Código Civil, haciendo especial mención de aquéllos que han sido objeto de recientes reformas legislativas en el tema que nos ocupa.

1. NAVARRA

En Navarra rige teóricamente una absoluta libertad de testar, aunque, como veremos, no exenta de matizaciones.

Los únicos herederos forzosos en el ordenamiento navarro son los hijos y descendientes, si bien su legítima carece de contenido patrimonial. Los herederos forzosos no tienen más prerrogativas económicas en la herencia de sus padres que las que éstos quieran otorgarles (Ley 267 FN). El causante sólo está obligado a utilizar la fórmula rituarial de la institución en “*cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunales por inmuebles*”; además el legitimario no posee la cualidad de heredero.

Esta regulación supone por lo tanto que el causante navarro puede designar libremente heredero y disponer con libertad de sus bienes para después de su muerte.

No obstante, existen dos grandes limitaciones a la libertad de testar:

1. El denominado usufructo de fidelidad: El cónyuge o conviviente goza “por ley” del usufructo sobre todo el patrimonio del difunto mientras no renuncie al mismo o celebre nuevo matrimonio (Ley 261 FN). No se puede privar al supérstite de este derecho indisponible, ni por testamento, ni por contrato sucesorio, salvo que éste incurra “en causa de separación por abandono del hogar familiar, infidelidad conyugal,

incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o familiares o por haber atentado contra la vida del otro” (Ley 254 FN); cuestiones siempre de difícil acreditación por el momento en que despliega eficacia la previsión del disponente.

2. La reiteración de nupcias, dejando hijos de primer matrimonio, conlleva una disminución de la libertad dispositiva del causante, en base a una protección a los hijos del primer matrimonio, impuesta por el propio ordenamiento:

Si decide favorecer al cónyuge o hijos del segundo matrimonio, tendrá que igualar económicamente a su prole de las primeras nupcias con el más favorecido de las segundas (Ley 272 FN).

El disponente está también obligado a reservar a esa descendencia la propiedad de todos los bienes que, salvo las arras, recibiera por cualquier título lucrativo “de su anterior cónyuge, hijos que de él hubiera tenido o de los descendientes de éstos” (Ley 274 FN).

2. ARAGÓN

Una figura característica del Derecho foral aragonés es la denominada **legítima colectiva**, que la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, recoge referida sólo a los descendientes. **Los descendientes son los únicos legitimarios a los que se reserva la 1/2 de la herencia.** Tratándose de una legítima colectiva el causante puede distribuirla libremente entre los legitimarios: puede dejarlo todo a uno (incluso a un nieto, habiendo hijos), o distribuirlos de forma igualitaria.

Para excluir a un legitimario sin que haya preterición es suficiente con una atribución de carácter irrelevante o simbólico o con que sea mencionado en el testamento o escritura en la que se ordene la sucesión.

La ley de sucesiones por causa de muerte en Aragón amplía la libertad de testar:

- Al permitir gravámenes a favor de otros descendientes, o para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia respecto a los bienes de que no hubieren dispuesto, o con causa justa (art. 186).
- Al permitir la exclusión voluntaria de descendientes, los cuales quedan privados de suceder abintestato, salvo que la exclusión absoluta se refiera a todos o al único legitimario (arts. 197 y 198).
- Al admitir los pactos sucesorios, entre ellos la renuncia a la herencia de otro u otros (art. 65) y la renuncia unilateral a la legítima o por pacto antes o después de la delación (art. 177).
- Al permitir al titular de empresas o explotaciones económicas privativas (art. 102) transmitir las a sus hijos o descendientes ordenando la sustitución del usufructo viudal por una renta mensual a cargo del adquirente.

Como límites a la libertad de testar de la legislación foral aragonesa cabe destacar:

– **El derecho de alimentos**, que se establece a favor de los legitimarios de grado preferente que estén en situación de pedirlos al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias, en proporción a los bienes recibidos, siempre que no esté obligado a prestarlos el cónyuge usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general.

– **El derecho de viudedad** (Ley 2/2003) es un derecho que adquiere cada cónyuge con el matrimonio. Constante matrimonio se trata de un derecho expectante sobre los bienes del otro y sobre los bienes conсорsiales, y no se extingue con su enajenación salvo en determinados supuestos (arts. 97 y 98), aunque cabe pactar su exclusión en escritura pública o en testamento mancomunado; también cabe pactarse su limitación o regularlo libremente como los cónyuges convengan.

– **El derecho al usufructo vidual**, reconocido al cónyuge supérstite a la muerte del causante, sobre todos los bienes de éste, así como a los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad.

3. ISLAS BALEARES

Se regula por el Decreto Legislativo de 6 de Septiembre de 1990 que aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Baleares.

Dentro de las Islas Baleares cabe distinguir dos regímenes distintos:

3.1. Mallorca y Menorca

Son legitimarios los hijos y en su defecto los padres.

La legítima ha de ser pagada en bienes de la herencia, aunque tanto el causante como el heredero distribuidor pueden autorizar el pago en metálico.

La cuantía de la legítima de los hijos varía según el número: la tercera parte si fueran cuatro o menos, y la mitad si exceden de 4.

La legítima de los padres es la cuarta parte de la herencia.

El cónyuge tiene derecho al usufructo de la mitad del haber hereditario si concurre con descendientes, y a los dos tercios si concurre con los padres. En caso de no concurrir con descendientes ni padres, tiene derecho al usufructo universal.

Se contempla un tipo de pacto sucesorio denominado definición, consistente en que los descendientes pueden renunciar a todos los derechos sucesorios o sólo a la legítima en base a una asignación que reciban o hubieran recibido.

3.2. Ibiza y Formentera

La legítima de los hijos y descendientes tiene idéntica regulación que

en Mallorca y Menorca. Sin embargo, en cuanto a la legítima de los padres, se remite al Código Civil.

Entre los legitimarios no se recoge al cónyuge viudo, sin embargo, a pesar de no serle atribuida la condición de legitimario, al regular la sucesión intestada en el art. 84 se establece que adquirirá el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes con ascendientes.

El heredero podrá pagar la legítima en dinero. Cabe el pacto de renuncia o finiquito en base a la compensación hecha en vida por el ascendiente o heredero contractual.

4. GALICIA

El 6 de Junio del 2006 se aprobó en el Parlamento de Galicia la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia, que supone la introducción de grandes novedades respecto a la anterior regulación del Derecho civil gallego recogida en el Ley 4/1995.

El último de los títulos regula la sucesión por causa de muerte con importantes cambios. Se excluyen la obligación de reservar y la reversión legal. Se mantienen los testamentos mancomunados y el testamento por comisario, tradicionales en el Derecho civil gallego, en contraposición a lo dispuesto en los artículos 669 y 670 del Código Civil que los prohíbe.

Se recogen varias disposiciones testamentarias especiales, tales como la disposición a favor de persona que cuide al testador, la condición resolutoria de cuidar y asistir al testador, a sus ascendientes, descendientes o cónyuge, y disposiciones relativas a los bienes gananciales.

La anterior ley provocó que las propiedades de los causantes se divadiesen excesivamente para poder cumplir con lo dispuesto en las *partillas*. Era necesaria una regulación que impulsase los pactos sucesorios para evitar la división del patrimonio familiar.

Como pactos sucesorios se mencionan el de mejora y el de apartación, que deberán ser otorgados en escritura pública, aunque se admite la posible validez de un poder especial.

4.1. Pactos de mejora

Los pactos de mejora son aquellos en los que se dispone a favor de los descendientes la sucesión sobre bienes concretos, pero no es necesario que consistan en la entrega de bienes presentes (arts. 216-218).

La mejora de labrar y poseer (arts. 219 y ss.) sirve a la finalidad de mantener indiviso un lugar acasado o una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril. Los ascendientes pueden pactar con sus descendientes la adjudicación íntegra a uno solo de ellos con carácter indivisible, entendiéndose que esta adjudicación supone la institución de heredero con mejora, salvo pacto en contrario.

El adjudicatario podrá compensar en metálico a los demás interesados en la partición dentro de los cinco años siguientes a la apertura de sucesión. Este pacto quedará sin efecto si durante dos años consecutivos el mejorado abandona sin justa causa la explotación mientras viva el adjudicante.

4.2. Pacto de Apartación

Mediante el pacto de apartación se excluye a un legitimario de su condición de heredero forzoso en la sucesión de un modo irrevocable a cambio de la adjudicación de unos bienes concretos, siendo también posible pactar su exclusión de la sucesión intestada. Deberá traer a colación los bienes cuando concurra en la sucesión con otros legitimarios.

4.3. Pacto de Usufructo a favor del cónyuge viudo

Se podrá pactar en escritura pública o en testamento un usufructo a favor del cónyuge viudo, de modo unilateral o recíproco, sobre una parte o la totalidad de la herencia, quedando sin efecto en los supuestos de indignidad, desheredación injusta del cónyuge, nulidad del matrimonio

y separación de los cónyuges, o revocación. Este usufructo es la única carga o condición que se permite en la legítima.

En caso de usufructo universal se regulan las facultades del cónyuge viudo para pagar deudas exigibles del causante con bienes de la herencia o incluso poder vender bienes muebles o semovientes.¹⁵

4.4. Legítimas

Son legitimarios (art. 238):

1. Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos.

2. El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho.

4.4.1. Legítima de los descendientes

a) *Concepto*

La legítima de los descendientes se reduce de 2/3 a la 1/4 parte del valor del haber hereditario líquido.

¹⁵ Art. 233: Además de las facultades que incumben a todo usufructuario, el cónyuge que lo fuera por la totalidad de la herencia está facultado para:

1. Pagar los gastos de última enfermedad, enterramiento, funerales y sufragios del cónyuge premuerto, con cargo a la herencia.
2. Pagar las deudas exigibles del causante con metálico de la herencia. Si no hubiera dinero o este no fuera suficiente, el usufructuario podrá enajenar semovientes, arbolado o mobiliario ordinario en la cuantía precisa. Para la enajenación de cualquier otro bien con la finalidad de pagar las deudas del causante será necesario el consentimiento de los propietarios sin usufructo o, en otro caso, la autorización judicial.
3. Cobrar créditos de la herencia, aun cuando no se prestara fianza.
4. Enajenar el mobiliario y los semovientes que considere necesarios, de acuerdo con una buena administración, debiendo reponerlos en cuanto sea posible conforme al mismo criterio.
5. Realizar las talas de árboles maderables, incluso por el pie, y hacer suyo el producto de las mismas, siempre que sean adecuadas a una normal explotación forestal.
6. Realizar mejoras no suntuarias con cargo a la herencia.
7. Explotar las minas según su reglamento jurídico.

De entrada, en cuanto al concepto de legítima, se configura como un **derecho de crédito** a favor de los legitimarios, y así el artículo 240 indica que los legitimarios tienen derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecidas en la presente Ley.

El artículo 249 precisa además, que el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor.

b) Cálculo de la legítima

Para el cálculo de la legítima (art. 244) se computarán todos los bienes y derechos del capital relicto por el valor que tuvieran en el momento de la muerte del causante, con deducción de sus deudas. Dicho valor se actualizará monetariamente en el momento en que se haga efectivo el pago de la legítima.

Se añadirá el valor de los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo, incluidos los dados en apartación, considerado en el momento de la transmisión y actualizado monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima. Como excepción, no se computarán las liberalidades de uso.

Salvo disposición en contrario del causante, se imputará al pago de la legítima de los descendientes cualquier atribución a título de herencia o legado, aunque el legitimario renuncie a ella; las donaciones hechas a los legitimarios, así como las mejoras pactadas con ellos; y las donaciones hechas a los hijos premuertos que fueran padres o ascendientes de un legitimario.

La imputación de donaciones se realizará por el valor que tuvieran los bienes en el momento de la donación, actualizado monetariamente en el tiempo del pago de la legítima.

c) Pago de la legítima

En principio el pago de la legítima se hará en bienes hereditarios (art. 246), si bien se admiten las siguientes excepciones:

- Los herederos, de común acuerdo, podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico, aunque sea extrahereditario.
- Por disposición del testador o pacto al respecto, podrá pagarse una parte de la legítima en dinero y otra parte en bienes.

El heredero deberá pagar las legítimas o su complemento en el plazo de un año desde que el legitimario la reclame. Transcurrido este plazo la legítima producirá el interés legal del dinero (artículo 250).

No habiendo bienes suficientes en la herencia para pagarlas, se reducirán primero los legados y luego las donaciones por inoficiosos (art. 251). Sin embargo, los afectados por la reducción podrán evitarla entregando en metálico su importe para el pago de las legítimas.

Las acciones de reclamación de legítima y de reducción de disposiciones inoficiosas tienen un plazo de prescripción de 15 años para su ejercicio.

4.4.2. Legítima del cónyuge viudo

- Si concurriera **con descendientes** del causante, al cónyuge viudo le corresponde en concepto de legítima el usufructo vitalicio **de una cuarta parte** del haber hereditario (art. 253).
- Si no concurriera con descendientes, el cónyuge viudo tendrá derecho **al usufructo vitalicio de la mitad del capital** (art. 254).

En tanto no exceda de su cuota usufructuaria, el cónyuge viudo podrá optar por hacerla efectiva sobre la vivienda habitual, el local en donde ejerciera su profesión o la empresa en que viniera desarrollando con su trabajo (artículo 257).

4.5. Preterición

En caso de preterición no intencional de un descendiente o de preterición de un cónyuge –intencional o no–, el preterido sólo tiene derecho a percibir su legítima sin afectar a la validez de las disposiciones por causa de muerte (arts. 258).

La preterición no intencional de un legitimario descendiente faculta a la persona preterida para obtener la declaración de nulidad de la institución de heredero hecha en testamento. Las demás disposiciones testamentarias y los pactos sucesorios serán válidos en cuanto su reducción no sea necesaria para el pago de las legítimas (art. 259).

La preterición no intencional de todos los legitimarios descendientes producirá, a instancia de cualquiera de ellos, la nulidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. Las apartaciones y los pactos de mejora sólo se reducirán si fuera necesario para el pago de las legítimas.

5. CATALUÑA

En Cataluña la Ley 10/2008 aprueba el libro IV del Código Civil Catalán, dedicado al Derecho sucesorio. La nueva ley mantiene la legítima como atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar, pero acentúa la tendencia secular a debilitarla y a restringir su reclamación.

5.1. Concepto de legítima

De entrada la legítima se configura como un derecho de crédito del legitimario; éste no ostenta ningún derecho real, sino que se indica que el heredero responde personalmente del pago de la legítima y, si procede, del suplemento de ésta. (No obstante, cuando se atribuye la legítima mediante un legado de inmueble o de una cantidad determinada de dinero, el legitimario puede solicitar la anotación preventiva de legítima).

5.2. Legitimarios

En primer lugar son legitimarios los hijos y descendientes del causante. Se reconoce el derecho de representación a favor de los descendientes de los hijos premuertos, los desheredados justamente, los declarados indignos y los ausentes. No obstante, se restringe el derecho de representación únicamente a la legítima, y no se extiende a las atribuciones patrimoniales que el causante haya ordenado a favor del representado, salvo que el representante haya sido llamado por vía de sustitución.

Los progenitores del causante son legitimarios en defecto de descendientes¹⁶, si bien su derecho a la legítima se configura ahora como un derecho intransmisible y se extingue si no es reclamado en vida por el legitimario.

5.3. Cuantía y cómputo de la legítima

La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la herencia.

Una novedad introducida por la ley es la restricción de las donaciones colacionables a las efectuadas en los 10 años anteriores a la muerte del causante, lo cual evidentemente es otra forma más de restringir la legítima. Según la exposición de motivos de la ley, se trata de una reducción de los derechos de los legitimarios ajustada a la realidad de la sociedad contemporánea, en que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores.

El haber hereditario se calcula según las siguientes reglas:

- a) Se parte del valor que los bienes de la herencia tienen en el momento de la muerte del causante, con deducción de las deudas y los gastos de la última enfermedad y del entierro o la incineración.

¹⁶ Al igual que en el Anteproyecto valenciano no se habla de padres sino de progenitores, en previsión de posibles parejas homexesules con hijos.

b) Al valor líquido que resulta de aplicar la regla anterior, debe añadirse el de los bienes dados o enajenados por otro título gratuito por el causante en los diez años precedentes a su muerte, excluidas las liberalidades de uso. El valor de los bienes que han sido objeto de donaciones imputables a la legítima debe computarse, en todo caso, con independencia de la fecha de la donación.

Para determinar el importe de las legítimas individuales no hacen número el premuerto y el ausente, salvo que sean representados por sus descendientes.

5.4. Intangibilidad de la legítima

Se consagra, de entrada, el principio de intangibilidad de la legítima. No obstante, se generaliza la cautela socini como regla por defecto en toda sucesión. Obviamente esta regulación debilita la legítima, al implicar que se respeta sólo la intangibilidad cuantitativa y no la cualitativa.

Si el legitimario recibe más que la legítima, pero gravado con usufructo u otra limitación, debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar sólo lo que por legítima le corresponda. Si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la reclamación de la legítima estricta.

5.5. La atribución, la imputación, la percepción y el pago de la legítima

La legítima puede pagarse a título de herencia o legado, pacto sucesorio o donación. Si lo que han recibido los legitimarios por alguno de esos títulos es inferior a la legítima que les corresponde, pueden exigir lo que falte como suplemento de legítima, salvo que, después de la muerte del causante, se hayan dado por totalmente pagados de la legítima respectiva o hayan renunciado expresamente al suplemento.

Si después del pago de la legítima aparecen nuevos bienes del causante, el legitimario tiene derecho al suplemento que le corresponda aunque se haya dado por totalmente pagado la legítima o haya renunciado al suplemento.

Salvo que el causante dispusiera alguna previsión concreta sobre el pago de la legítima, el heredero o las personas facultadas para hacer la partición, pueden optar por el pago, tanto de la legítima como del suplemento, en dinero, aunque no haya en la herencia, o por el pago en bienes del caudal relicto.

El causante puede disponer que la legítima no devengue interés o puede establecer su importe. En defecto de disposiciones del causante, la legítima devenga el interés legal desde la muerte del causante, aunque se pague en bienes de la herencia, salvo que el legitimario conviva con el heredero o el usufructuario universal de la herencia y a cargo de éste.

5.6. La preterición y la desheredación

Es preterido el legitimario a quien el causante no ha hecho ninguna atribución en concepto de legítima o imputable a ésta y que tampoco ha sido desheredado. El legitimario preterido puede exigir lo que por legítima le corresponde.

Solamente en caso de preterición errónea (preterición de un descendiente cuya existencia el causante ignoraba en el momento de testar) el preterido tiene acción para que se declaren ineficaces el testamento y, si procede, los codicilos otorgados por el causante, por causa de preterición errónea.¹⁷

¹⁷ Aun así, se exceptúan los siguientes casos:

- a) Si el causante ha instituido heredero único, en toda la herencia, al cónyuge o al conviviente en unión estable de pareja.
- b) Si el causante ha instituido heredero único, en toda la herencia, a un hijo o a otro descendiente y en el momento de otorgar testamento tenía más de un hijo o al menos un hijo y una stirpe de hijo premuerto.

La acción para impugnar el testamento o los codicilos por causa de preterición errónea caduca a los cuatro años de la muerte del testador.

El causante puede privar a los legitimarios de su derecho de legítima si en la sucesión concurre alguna causa de desheredación. Con relación a las causas de desheredación es destacable que además de las tradicionales¹⁸ se introduce una nueva causa de desheredación consistente en “*la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legítimo, si es por una causa exclusivamente imputable al legítimo*”. La propia exposición de motivos de la ley reconoce que este precepto puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria de su supuesto de hecho.

En materia de inoficiosidad legitimaria, cuando no hay bienes relictos suficientes para el pago de las legítimas, primero se reducen los legados, y posteriormente las donaciones, por orden cronológico descendente. Se extiende la legitimación activa para pedir la reducción o supresión de donaciones a los herederos del causante, además de a los legitimarios.

El plazo de prescripción de la acción de reclamación de legítima o del suplemento se armoniza con el plazo general en Derecho catalán, que es de diez años. Ahora bien, dado que con frecuencia la persona obligada al

c) Si la relación de filiación en virtud de la cual se deviene legítimo ha quedado legalmente determinada después de la muerte del causante.

¹⁸ Las otras causas de desheredación previstas son:

- a) Las causas de indignidad establecidas por el artículo 412-3.
- b) La denegación de alimentos al testador o a su cónyuge o conviviente en unión estable de pareja, o a los ascendientes o descendientes del testador, en los casos en que existe la obligación legal de prestárselos.
- c) El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en unión estable de pareja, o a los ascendientes o descendientes del testador.
- d) La suspensión o la privación de la potestad que correspondía al progenitor legítimo sobre el hijo causante o de la que correspondía al hijo legítimo sobre un nieto del causante, en ambos casos por causa imputable a la persona suspendida o privada de la potestad.

pago es un progenitor del legitimario, se establece que el plazo de prescripción se suspenda y no se empiece a contar hasta la muerte de aquél, sin perjuicio del plazo de treinta años de preclusión que establece el libro primero.

5.7. Cuarta viudal

La cuarta viudal experimenta también cambios importantes. A pesar de mantener la denominación tradicional, la cuarta viudal ya no se atribuye sólo al cónyuge viudo, sino también al miembro superviviente de una unión estable de pareja.

Consiste en que el cónyuge supérstite que, con sus bienes propios, tras la liquidación del régimen económico del matrimonio y tras las atribuciones testamentarias, no tenga recursos económicos suficientes a la muerte del causante tiene derecho a obtener la cantidad que sea precisa para atenderlas hasta un máximo de 1/4 de la herencia.

Para determinar las necesidades del cónyuge o del conviviente acreedor, debe tenerse en cuenta el nivel de vida de que disfrutaba durante la convivencia y el patrimonio relicto, así como su edad, el estado de salud, los salarios o rentas que esté percibiendo, las perspectivas económicas previsibles y cualquier otra circunstancia relevante.

Es decir, se recurre a criterios similares a los que sirven para fijar la pensión compensatoria en una crisis matrimonial. La remisión al marco normativo de la pensión compensatoria pretende asegurar, precisamente, que en caso de viudedad el cónyuge no quede paradójicamente en una condición peor de la que podría haber disfrutado si el matrimonio se hubiese disuelto por divorcio.¹⁹

¹⁹ Es preciso tener en cuenta, en este punto, que la regulación anterior de la cuarta viudal, a la que debían imputarse, a efectos de su disminución, los salarios, rentas o pensiones que percibía el viudo, capitalizados al interés legal del dinero, había hecho inviable en muchos casos su reclamación o la había reducido, injustamente, a importes insignificantes.

A partir de la entrada en vigor de la presente ley, la cuarta viudal, que sigue sin ser un derecho legítimo, puede reclamarse siempre que sea preciso para cubrir las necesidades vitales del viudo o del conviviente, confiriéndole a éste una acción personal contra los herederos del causante.

En consonancia con el carácter finalístico de esta atribución patrimonial, se establece que ésta se extingue si el viudo o el conviviente muere sin haberla reclamado.

6. VALENCIA

La reciente reforma estatutaria operada en la Comunidad Valenciana mediante la Ley Orgánica 1/2006, de 10 abril, se caracterizó entre otras cuestiones porque en su artículo 7 reconoce abiertamente el derecho de los valencianos a recuperar los Fueros del Antiguo Reino de Valencia que sean aplicables en plena armonía con la Constitución.

Al hilo de esta reforma estatutaria, se plantearon diversas discusiones doctrinales sobre el alcance que podría tener la ley de derecho civil foral valenciano.

Según las tesis foralistas las Cortes Valencianas podrían ocuparse únicamente de la modificación, desarrollo o complemento del Derecho foral escrito o consuetudinario que existiera realmente en el momento de aprobarse la Constitución –bien a través de las llamadas Compilaciones de Derecho civil o bien a través del Derecho consuetudinario–, siempre que las disposiciones promulgadas tuvieran estrecha relación con las normas vigentes ya mencionadas.

Según las tesis estatutarias, a la luz de la Constitución y el Estatuto, las Cortes Valencianas tienen las máximas competencias para restablecer un Derecho civil propio allí donde existió, siempre que se respeten los límites establecidos en el art. 149.1.8. sobre las competencias legislativas reservadas al Estado.

Finalmente, y siguiendo las tesis estatutarias, el 24 de julio de 2009 se aprobó el anteproyecto de ley valenciana de sucesiones, de 285 artículos, con objeto, según su exposición de motivos, de regular de forma completa la sucesión por causa de muerte de las personas que ostenten la vecindad civil valenciana, conforme a las normas del título preliminar del Código Civil, con independencia de dónde residan.

Según la exposición de motivos de la propia ley, toda la ley valenciana de sucesiones está presidida por el principio de libertad de testar, tanto al definir el testamento, como al regular los testamentos por apoderado y mancomunado, como al interpretar los testamentos, y cómo no, en la regulación de las legítimas.

La exposición de motivos de dicho anteproyecto, tiene en cuenta, como base de la nueva ley, la evolución de la legítima valenciana en el curso de los siglos:

- En los Fueros de Jaime I (Fur VI-IV-49) los legitimarios eran los hijos legítimos que tenían derecho a la tercera parte de la herencia si concurrían 4 o menos de 4, cuota que se ampliaba hasta la mitad, si el número de hijos excedía de 5.
- El Fur VI-IV-51 sancionado por Pedro El Ceremonioso en las Cortes de Valencia de 1358, estableció la libertad absoluta de testar.
- Posteriormente el Fur VI-IV-52 de Martín el Humano, sancionado por las Cortes Valencianas de 1403, mantuvo la libertad de testar, pero exigió que se nombrara expresamente a los hijos, descendientes y ascendientes para dejarles algo o desheredarles expresamente, ya que en otro caso, se incurría en desheredación.
- Finalmente las Cortes de 1604 previeron la posibilidad de que el testador hiciera en su testamento una prohibición general y expresa de legítimas en su sucesión, estableciéndose por costumbre una fórmula general que establecía “dono, lego y dejo a mi hijo X,

cinco sueldos por su parte y su legítima, falcidia, cuarta trebeliánica y por cualquier otro derecho que tenga sobre mis bienes y mi herencia”. Por tanto hubo en el Derecho histórico valenciano sistema de legítimas y libertad de testar, hasta la abolición de los Fueros por Felipe V.

La Generalitat Valenciana a la vista de todos estos antecedentes, pretende, según refleja en la exposición de motivos del anteproyecto, una suavización del sistema legitimario del Código Civil, sin que ello suponga un olvido total de los vínculos familiares, ni una desprotección del cónyuge viudo, los hijos discapacitados o menores y la protección de la pequeña y mediana empresa.

Quizá la nota más sobresaliente de este anteproyecto sea la distinción entre la sucesión en el patrimonio empresarial y entre el resto de los bienes del causante.

Respecto al patrimonio empresarial se proclama la libertad de testar como fórmula más adecuada para que el empresario pueda organizar del modo más correcto, según su criterio, la sucesión de la empresa, de forma que el empresario pueda anticipar las estrategias oportunas para asegurar la continuidad de la empresa.²⁰

6.1. La empresa familiar y el control de acciones

La empresa familiar, siempre que no esté representada por acciones o participaciones sociales, se puede transferir por acto *inter vivos* o *mortis causa* a algún legitimario, sucediendo éste en la explotación económica y en las deudas, sin que dicha empresa se compute a efecto de fijar la

²⁰ Similar objetivo, en el ámbito empresarial, tiene el poder prorrogado y con el poder *post mortem* de la legislación alemana, junto con la posibilidad de pago aplazado de la legítima, cuando esta implica la división del patrimonio empresarial. Idéntico objetivo tiene el pacto de familia de la legislación italiana, tras la reforma de 2006, o el pacto de mejora de labrar y poseer de la ley gallega.

legítima del grupo de legitimarios, ni la de cada uno de ellos. Sin embargo el cese voluntario en la actividad empresarial en los 10 años siguientes a la muerte del causante, dará derecho a los demás legitimarios a que se les calcule de nuevo el valor de su legítima, añadiéndolo al que en su día resultara, disminuido con las deudas de la explotación.

Una cosa parecida ocurre con aquellas acciones o participaciones cuyo control tuviera el causante y se atribuyera a algún legitimario (siempre que tuvieran derechos políticos), donde el causante podrá prohibir su transmisión por plazo de 10 años. Además, respecto de aquellas acciones o participaciones que se atribuyan a varios legitimarios, el causante puede designar un representante de la comunidad o incluso la prohibición de extinción de dicha comunidad, por plazo de 10 años.

Cabe también que se constituya una sociedad, tras la muerte del causante, para mantenimiento de la explotación empresarial que éste realizara en nombre propio, la cual también se puede atribuir a uno o varios legitimarios, sin que se incluya en el cómputo de la legítima.

6.2. Concepto de legítima

El anteproyecto valenciano se aleja del concepto legítima del C.C. como una *pars bonorum*, y lo transforma (al igual que el derecho catalán y el gallego) en una cuota de valor (*pars valoris*). Se opta por el sistema de un derecho de crédito, que además es graduable, según el número de hijos, y conforme a la voluntad del testador. Así el art. 107 define la legítima como:

“un derecho de crédito que la Ley atribuye a ciertas personas con ocasión del fallecimiento de otra, cuyo importe se calcula en relación con el caudal hereditario en los términos que resultan de esta Ley. El crédito legitimario no atribuye, por sí mismo, al beneficiado la condición de heredero del causante, sino la de interesado en la herencia a los efectos de procurar la satisfacción de su derecho.”

La legítima se devenga en el momento del fallecimiento del causante. Es intangible, es decir, se debe recibir libre de toda carga, condición o sustitución, modo o gravamen, con excepción de los gravámenes relativos a los derechos del cónyuge viudo y de los hijos discapacitados (art. 109).

Además, el pago del crédito legitimario se puede sujetar a plazo. La legítima no devengada no puede ser objeto de enajenación o gravamen, aunque se puede renunciar pura y fehacientemente por su titular, pero una vez devengado, dicho crédito es transmisible por acto *inter vivos* o *mortis causa*, conforme a las reglas de transmisión de las obligaciones. (art. 110).

a) Bienes computables y no computables

No se computan a efecto de fijar las legítimas, la empresa familiar o las acciones –paquetes de control de sociedades– a que aluden los arts. 112 a 117 del anteproyecto.

Serán computables todos los demás bienes y derechos que integren el patrimonio del causante a su fallecimiento, y a ellos se sumarán los que hubieran sido objeto de un negocio dispositivo a título gratuito por el causante realizados en los 10 años anteriores a la fecha de fallecimiento, a favor o no de legitimarios, incluidas aquéllas realizadas como consecuencia de un pacto de definición (renuncia anticipada, hoy permitida por el anteproyecto).

No serán computables (art. 119) ni las liberalidades de uso o regalos de costumbre, siempre que sean proporcionados, ni los llevados a cabo por los padres y ascendientes a favor de sus hijos o descendientes discapacitados o a favor de sus padres y ascendientes, igualmente discapacitados. También se recoge como no computable (igual que el Código Civil) el derecho de habitación a favor de legitimario discapacitado.

b) Pago de la legítima

El causante puede pagar el crédito legitimario por acto inter vivos o mortis causa, y en este sentido cualquier atribución por uno u otro concepto se presume hecha para pago de legítima (art. 120).

El pago de la legítima se puede imponer (art. 121), siempre que medie causa suficiente, a cargo de cualquier persona, sea o no heredero o legatario de la herencia (o sea incluso a un tercero deudor), y el obligado pueda pagarle en bienes hereditarios o extrahereditarios, salvo que el causante hubiera concretado la opción. Además se puede aplazar su pago en metálico hasta un máximo de 5 años, devengando entretanto el interés legal del dinero (art. 123).

6.3. Legitimarios y cuantía de la legítima

Son legitimarios:

En primer lugar, los hijos del causante, por partes iguales (sin perjuicio de la especialidad de los discapacitados), y en su defecto por premoriencia, sus descendientes, aunque si el hijo premuerto no tiene hijos o renuncia a la legítima o es justamente desheredado o declarado indigno, su crédito legitimario se extingue.

A falta de hijos o si todos renuncian, serán legitimarios los descendientes del causante de grado más próximo, por partes iguales. Y se incluyen además los adoptivos y sus descendientes.

En segundo lugar, a falta de hijos y descendientes, son legitimarios los padres del causante por partes iguales (no los demás ascendientes). Si uno de ellos renuncia, es incapaz de heredar o se declara indigno, su crédito se extingue.

Con todos los legitimarios anteriores, concurre el cónyuge o conviviente estable, no separado de hecho o judicialmente, o respecto de cuyo matrimonio no haya recaído sentencia de nulidad o divorcio o no haya

pendiente proceso a tal fin, o para solicitar medidas de hijos extramatrimoniales.

La cuantía del crédito legitimario se establece como sigue:

a) Legítima de los hijos y descendientes

El crédito legitimario de los hijos y descendientes será de 1/4 si los hijos son uno o dos, y 1/3 si son tres o más.

La legítima de los hijos o descendientes con minusvalía, ya estén discapacitados o no sin que sea precisa su declaración judicial, sino que basta una minusvalía psíquica superior a un 33% o física superior a un 65%, o en general que precisen un apoyo indispensable y continuo de otra persona o apoyo generalizado, será la de un capital o pensión alimenticia que le permita cubrir sus necesidades y sin que supere, por cada hijo, el límite de 1/4 del valor del patrimonio relicto. Esta legítima se puede conmutar mediante entrega de bienes en pleno dominio, constitución de un derecho de usufructo, aunque los bienes no formen parte de la herencia, o un contrato de renta vitalicia con entidad financiera o aseguradora.

b) Legítima de los progenitores

La legítima de los progenitores (aquí ya no se habla de padres, por el tema del matrimonio homosexual) consiste en un derecho a percibir alimentos a cargo de la herencia de su hijo, en caso de necesidad, con arreglo a su cuantía y medios de la misma y a las necesidades de aquéllos comprendiendo sustento, habitación, vestido y asistencia médica. El crédito legitimario de los progenitores no podrá exceder del valor de 1/4 del patrimonio hereditario. A estos efectos el valor de las pensiones fijadas o que se asignen se valorarán mediante su capitalización al 10%.

c) Legítima del cónyuge viudo

Finalmente la legítima del cónyuge viudo, consiste en el derecho a mantener un nivel de vida equivalente al que tuvo durante su matrimo-

nio con el causante, por lo que tendrá un derecho a usufructuar los bienes de la herencia en la extensión suficiente, equivalente a 1/3 de la herencia. El mismo derecho tendrá la pareja estable de hecho, que haya convivido durante al menos 5 años anteriores al fallecimiento. Se extingue por la muerte, renuncia en documento público en vida del causante o después, matrimonio posterior o unión estable con otra persona.

El viudo cuenta además con otros derechos: la cambra o derecho a utilizar los muebles de uso ordinario y el any de plor²¹ como derecho a ocupar la vivienda durante el año siguiente al fallecimiento del causante, si era la vivienda habitual y se incluye el derecho de alimentos con cargo al caudal durante dicho periodo.

La acción para reclamar el crédito legitimario, total o parcialmente satisfecho, caducará a los 4 años, contados desde que pudo ser ejercitada.

6.4. Preterición y Desheredación

Es preterida la persona que teniendo derecho a legítima en la herencia del causante, no ha recibido de éste atribución patrimonial alguna a título gratuito en vida de éste o en su testamento y tampoco ha sido expresa o tácitamente desheredado (art.147). El preterido tiene acción contra los herederos, legatarios y contra los terceros a quien el testador hubiese impuesto el pago de las legítimas.

En cuanto a la desheredación, el causante puede privar a sus legitimarios de su crédito legitimario o parte de él, mediante declaración expresa en el mismo documento que rija la sucesión o en otro documento fehaciente y basada necesariamente en alguna de las causas siguientes:

1. Denegación de alimentos al testador, su cónyuge, su pareja de hecho u a otros de sus parientes, respecto de los cuales el legitimario tuviera obligación legal de prestarlos.

²¹ Ambos presentan similitudes con el Derecho francés.

2. Maltrato al testador, a su cónyuge o pareja de hecho o a cualquier otro pariente del testador.
3. La ausencia de relación propia, derivada de los vínculos familiares con el causante, por causa exclusivamente imputable a la voluntad del legitimario.
4. Haber incurrido el legitimario en cualquiera de las causas de indignidad para suceder.

La concurrencia de causa de desheredación, si el desheredado la negare, corresponde probarla a quien resultaría obligado al pago de la legítima.

VII. CONCLUSIONES

Como conclusión, podemos decir que en el panorama legislativo actual se observa una tendencia a aumentar la libertad de testar por diferentes vías, como son:

1. El aumento de la parte de libre disposición, y consecuente reducción de las legítimas.
2. Reducción del número de legitimarios, fundamentalmente referido a los ascendientes.
3. Por el contrario, se incrementa la protección del cónyuge viudo, tanto incrementando sus derechos legitimarios, como mediante otras figuras legales.
4. Se amplía en general la posibilidad de pago en metálico de la legítima, configurándola en muchos casos como un derecho de crédito del legitimario. Con la intención de hacer su pago menos gravoso se establece frecuentemente la posibilidad de pago diferido.
5. Se limita la colación de las donaciones, se amplían las causas de des-

heredación y se amplía la posibilidad de pactos sucesorios que afecten a la intangibilidad de la legítima.

6. Se observa una especial preocupación por mantener la continuidad de la empresa familiar, y evitar que la aplicación rigurosa del Derecho sucesorio provoque su desaparición. Con esta finalidad se introducen distintas figuras, hasta el punto de separarla totalmente del resto de la herencia, como ocurre en el anteproyecto valenciano.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CALVO VIDAL, ISIDORO ANTONIO, “Los regímenes sucesorios de ciudadanos de la Unión Europea, países latinoamericanos y del norte de África”, en *La Notaría*, nº 42, junio 2007, Vol I – 2007.

COLLINS, HUGH, *The European civil code: the way forward*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

DOMÍNGUEZ MATAMOROS, AB. HARRY L., “Algunas comparaciones entre el derecho sucesorio en Estados Unidos y Ecuador”, en *Revista Jurídica Online, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, Universidad Católica de Guayaquil, Ecuador, 2009.

FINCH, JANET, *Wills, inheritance, and families*, London, Oxford University Press, 1996.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Derecho de sucesiones. Tomo II*. Barcelona, Bosch, 1973.

MALAUURIE, PHILIPPE, *Les successions, les libéralités*. Paris, Defrénois, 2006.

MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO, “Análisis de la libertad de testar”, en *revista digital Libre Asociación de Notarios Joaquín Costa (www.JoaquinCosta.com)*, 14 octubre de 2009.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARÍA, “Recientes reformas del Derecho de Sucesiones en Derecho Francés”, en *revista electrónica NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia principal*, 2007 (www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/sommaire.php?id=405).

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARÍA, “Admisión de “pactos de familia” en Derecho italiano después de la reforma del Código civil en 2006. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 recante “Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia”. (GU N.50 DEL 1-3-2006., en *revista electrónica NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia” principal*, 2007 (www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/sommaire.php?id=451).

MIRALLES GÓMEZ, ANA, “Libertad de testar versus sistema legítimo”, en *revista digital Global Iura* (www.globaliura.com), *Opinión Global Iura*, 3 de noviembre de 2005.

RÖTHEL, ANNE, *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, Barcelona, Bosch, 2008.

TORRES ZÁRATE, FERMÍN, y GARCÍA MARTÍNEZ, FRANCISCO, “Common Law: una reflexión comparativa entre el sistema inglés y el sistema estadounidense”, en *revista electrónica Alegatos* (www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos), Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, número 68 y 69, México enero/agosto de 2009.

Vaquer Aloy, ANTONI, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, en *Inchet, Revista para el análisis del derecho*, Universidad de Lleida, nº 3, Julio 2007.

VIÑAS FARRÉ, RAMÓN y GARRIGA SAU, GEORGINA (COORDINADORES), *Perspectivas del derecho sucesorio en Europa: Congreso organizado por la Universitat d Andorra y el departamento de Derecho y Economía Internacionales de la Universidad de Barcelona, Sant Julià de Lòria (Principado de Andorra), 29 y 30 de noviembre de 2000*. Madrid, Marcial Pons, 2009.

ZACCARIA, ALESSIO, *Perfiles del Derecho Italiano de Sucesiones*, Barcelona, Bosch, 2008.

La retribución de los administradores concursales como coste del concurso

ENRIQUE MORENO SERRANO

Profesor Ayudante de Derecho Mercantil. Universidad Rey Juan Carlos.

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/04/14

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2010/05/17

Resumen: El presente trabajo aborda la retribución de los administradores concursales por su actuación en un proceso concursal. Para ello se analiza la legislación aplicable representada en el art. 34 LC, el reglamento que lo desarrolla, así como determinados preceptos relativos a causas de pérdida de la retribución. Los problemas de su aplicación motivados principalmente por la actuación en concursos sin masa conllevando el consiguiente perjuicio económico para los administradores concursales provocó su modificación en marzo de 2009 por el Real-Decreto Ley 3/2009, si bien aún no se ha publicado el nuevo reglamento. Este trabajo, por tanto, está enfocado a los objetivos perseguidos con el régimen de retribución, criterios para su determinación, modificación y pérdida de la retribución, todo ello dentro del presente marco legislativo.

Palabras clave: Ley Concursal, administración concursal, retribución, deudas de la masa.

Laburpena: Azterlan honetan azaltzen da zein ordainsari dagokien konkurtso-administratzaileei, konkurtso-prozesuetan burutzen duten jardunarengatik. Horretarako, legeria aplikagarria aztertzen da, alegia, Konkurtso Legearen 34. artikulua, hori garatzen duen erregelamendua, bai eta ordainsaria galtzeko arrazoiei buruzko manu zehatz batzuk ere. Horiek guztiak aplikatzeko orduan, arazoak sortzen ziren, batik bat, administratzaileek masarik gabeko konkurtsoetan zihardutenean, halakoetan kalte ekonomikoa gertatzen zitzaielako konkurtso-administratzaile horiei. Hori dela eta, 2009ko martxoan, aldarazpena gertatu zen, 3/2009 Errege-Dekretu Legearen ondorioz; alabai-

na, oraindik ez da erregelamendu berria argitaratu. Azterlan honetan azaltzen dira, bateko, ordainsariari buruzko araubidearen helburuak, eta, besteko, ordainsari hori zehazteko, aldarazteko eta galtzeko irizpideak, betiere egungo legegintza-esparruaren barruan.

Gako-hitzak: Konkurtso Legea, konkurtso-administrazioa, ordainsaria, masaren kon-turako zorrak.

Abstract: The paper discusses the fixing of remuneration of bankruptcy receivers based on their roles in a bankruptcy proceeding. To this end, the applicable legislation under Art. 34 BL, the regulation that determines same, as well as certain provisions related to the loss of remuneration is examined. The problems of application caused primarily by the performance in bankruptcy proceedings without assets entailing the resulting economic loss for the bankruptcy receivers which led to its amendment in March 2009 under the Royal Decree-Law 3/2009, although the new regulation has not yet been published. This paper, therefore, focuses on the objectives strived for objectives under the remuneration system, fixing criteria, amendment and remuneration loss, all of it; within the current legislative framework.

Key words: Bankruptcy Law, receivership, remuneration, bankruptcy debts.

SUMARIO

I. LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL COMO DEUDA DE LA MASA Y DERECHO DEL ADMINISTRADOR. II. ESTADO LEGISLATIVO ACTUAL RELATIVO A LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL: MODIFICACIÓN LEGISLATIVA Y NUEVO ARANCEL EN PERSPECTIVA. III. RÉGIMEN RETRIBUTIVO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. 1. Determinación de la retribución. 2. Criterios para la fijación de la cuantía. 3. Modificación de la cuantía. 4. Pérdida del derecho a la retribución. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL COMO DEUDA DE LA MASA Y DERECHO DEL ADMINISTRADOR

La actuación de los administradores concursales durante el concurso motiva que surja un derecho de retribución a favor de cada uno de ellos que será satisfecho con cargo a la masa como contraprestación por la realización de las tareas propias de su cargo, salvo cuando se trate del personal de las entidades a que se refieren los párrafos 1º y 2º del apartado 2 del artículo 27 (art. 34.1 LC). Como es sabido, los créditos o deudas de la masa, también llamados «créditos prededucibles» por cuanto son satisfechos antes de proceder al pago de los créditos concursales con los bienes y derechos deducidos de la masa activa (art. 154.1 LC), son los gastos o créditos surgidos con posterioridad a la declaración de concurso, esto es, tanto los gastos que genera el propio concurso como las nuevas obligaciones que surjan una vez que se ha declarado, ya que: (i) si no fuesen satisfechas estas deudas con prioridad a las concursales nadie daría crédito a un deudor concursado; (ii) porque, en rigor, los acreedores concursales tienen derecho a aquello que resulte del procedimiento concursal una vez deducido su coste¹. La administración concursal, por tanto, dedu-

¹ Así, la SAP de Navarra, Sección 3ª, de 29 de junio de 2007, rec. 168/2006 (LA LEY 328842/2007).

ce de la masa activa las cantidades correspondientes a la retribución de sus miembros (art. 154.1 LC), que serán cobradas a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso (art. 154.2 LC).

La regulación jurídica del régimen retributivo de los administradores concursales trata de alcanzar el objetivo de garantizar el ejercicio del cargo en condiciones de objetividad e imparcialidad, así como que los profesionales más competentes tengan suficientes incentivos para el ejercicio de esta actividad y, a su vez, que las retribuciones no sean desproporcionadas atendiendo a la dificultad de las tareas a realizar, a la complejidad y duración del concurso. Por otra parte, la retribución encuentra su razón de ser en el carácter social del desempeño del cargo que puede trascender a los directamente interesados, así como en el hecho de desempeñarse de forma obligatoria por cuanto no se puede renunciar al cargo por la falta de activo del deudor sino sólo por concurrir algunas de las circunstancias tipificadas en la propia Ley Concursal como causa de prohibición, incapacidad o incompatibilidad. No obstante, en los casos en los cuales no existe masa o ésta es insuficiente para abonar la retribución de los administradores concursales podría producirse un desinterés de éstos ya que, a pesar de la falta de remuneración, el estatuto jurídico del administrador se aplica igualmente lo que, entre otros aspectos, supone que el concurso compute para posteriores nombramientos a los efectos del máximo de concursos previsto en el art. 28.2 LC, así como se mantiene el régimen de responsabilidad.

Para solventar esta situación, la doctrina y jurisprudencia alentó el establecimiento de distintas medidas: imponer la obligación de consignar y depositar en cuentas judiciales la retribución de la administración concursal, tal y como está previsto en la LEC para los peritos y, de no producirse ésta, que se sobresea el procedimiento si no se remedia la situación por otro sistema, como podría ser la retribución con fondos públicos estatales o autonómicos; garantizarse por el Ministerio de Justicia su pago en el supuesto de insuficiencia de bienes líquidos²; establecerse un

sistema de abonos equivalente al «turno de oficio» de otras profesiones jurídicas³; inclusive, se lamentaba que el legislador no hubiese contemplado expresamente la no apertura del procedimiento por insuficiencia de activo para hacer frente a los gastos del mismo⁴. Finalmente, el Real Decreto-Ley 3/2009 ha establecido en el artículo 34.2.d) LC la regla de efectividad que aún no está en vigor debido a que necesita ser desarrollada en el futuro arancel, pero que viene a garantizar el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales.

Del derecho de retribución queda excluido el personal de las entidades a que se refieren los párrafos 1º y 2º del apartado 2 del artículo 27 LC, expresión que requiere una matización dados los distintos sujetos a los que se menciona en los dos párrafos que abordan, respectivamente, el concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión, en el primer apartado; el concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora, en el segundo apartado. Así, partiendo del supuesto típico de administración colegiada compuesta por un abogado, un especialista económico y un acreedor, la exclusión del derecho de retribución

² DE LA CRUZ BÉRTOLO, J. M^a, «Artículo 34», en AA.VV, *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C., y ALCOVER GARAU, G. (dirs.), t. I, pág. 564; ESCOBOSA SAN MIGUEL, «Coste-beneficio de la retribución de los administradores concursales en relación con las funciones que deben desempeñar», *RCP*, núm. 2, 2005, pág. 224.

³ AAP de Les Illes Balears, Secc. 5ª, de 31 de marzo de 2008, rec. 51/2008, (LA LEY 138180/2008).

⁴ RODRÍGUEZ RUIZ DEVILLA, D., «La retribución de los administradores concursales», *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2005, pág. 1655.

ha de entenderse referida, en el primer párrafo, al personal técnico de la CNMV nombrado administrador concursal en sustitución del economista, auditor o titulado mercantil; mientras que en el segundo párrafo se refiere a la persona natural que represente al fondo de garantía de depósitos que corresponda, o al Consorcio de Compensación de Seguros nombrados en lugar del acreedor.

En cambio, es pacífica la consideración de remunerados, en el primer supuesto, de la persona propuesta por la CNMV de similar cualificación al economista, auditor o titulado mercantil cuando no se designe a personal técnico de la CNMV, el abogado y el representante del administrador acreedor que son propuestos por el fondo de garantía al que esté adherida la entidad o quien haya asumido la cobertura propia del sistema de indemnización de inversores, así como, en el segundo supuesto, el administrador abogado y el auditor, economista o titulado mercantil nombrados por el juez de entre los propuestos respectivamente por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros⁵. A estos sujetos no se les extiende la privación de retribución ya que, aunque sean designados por estas entidades, no dependen técnicamente de ellas, de ahí que tampoco son retribuidos por ellas.

A los sujetos excluidos de remuneración ha de añadirse por remisión del art. 27.4 LC el funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas designado por una Administración pública o entidad de Derecho público vinculada o dependiente de ella, cuando el ente público sea designado administrador concursal acreedor. En todos los casos

⁵ De esta opinión, MAGRO SERVET, V., «La competencia y responsabilidad de la Administración Concursal en la Ley 22/2003», *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2005, pág. 1675; GALLEGO SÁNCHEZ, E., «La administración concursal», en AA.VV., *Estudios sobre la ley concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2004, t. 2, pág. 1341; TIRADO, I., *Los administradores concursales*, Madrid, 2005, pág. 484; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «La retribución...», *op. cit.*, pág. 1652.

en los que hay sujetos que no reciben retribución por mandato legal, debe señalarse de forma expresa en el auto que fije la retribución para que no haya lugar a equívocos⁶. La justificación en todos estos supuestos en los que no se remunera radica en que los organismos públicos reciben fondos para ejercer sus competencias entre las cuales está la de ser administrador concursal, de ahí que si se les remunerase de nuevo estarían cobrando dos veces por una labor para la cual ya han sido remunerados⁷.

II. ESTADO LEGISLATIVO ACTUAL RELATIVO A LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL: MODIFICACIÓN LEGISLATIVA Y NUEVO ARANCEL EN PERSPECTIVA

El artículo 34 LC no agota el régimen jurídico positivo aplicable a las retribuciones de los administradores concursales ya que, de un lado, el propio precepto se remite al desarrollo reglamentario correspondiente (actualmente el *RD 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales*), y de otro, en el mismo tampoco aparecen recogidas todas las causas de pérdida de la retribución para lo que hay que acudir a los correspondientes preceptos de la LC, en concreto, a los artículos 74, 117 y 153.3 LC, tal y como señalamos en el último apartado del presente trabajo.

Este régimen retributivo se ha visto a su vez modificado por la entrada en vigor el pasado 1 de abril de 2009 del *Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica* (BOE nº 78, de 31 de marzo de 2009), centrándose los principales aspectos de la reforma de la LC en

⁶ Cfr. AAP de Madrid, Secc. 28ª, de 29 de febrero de 2008, rec. 325/2007 (LA LEY 30384/2008).

⁷ TIRADO, I., *Los administradores concursales, op. cit.*, pág. 484.

facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos. Precisamente, es el interés en reducir los costes del concurso, y más en concreto el interés en solventar los importantes desequilibrios y disfunciones del sistema retributivo⁸, el que ha motivado la modificación del apartado 2 del artículo 34 LC previendo la entrada en vigor de un nuevo arancel, aún no aprobado reglamentariamente, que tendrá como nuevos factores de medición el carácter ordinario o abreviado del procedimiento (que no se recogía en el anterior art. 34.2 LC, pero sí en el art.4.5 del RD 1860/2004), y la acumulación de concursos⁹, que se añaden a los anteriores centrados en la cuantía del activo y del pasivo, y la previsible complejidad del concurso, además de deber ajustarse necesariamente a las cuatro reglas siguientes: exclusividad, identidad, limitación y efectividad. De estas cuatro reglas, sólo las dos primeras están en vigor, mientras que las dos segundas lo estarán cuando se publique el nuevo arancel ya que, según disponen la disposición adicional segunda y la disposición transitoria tercera del Real Decreto-Ley 3/2009, requieren de desarrollo reglamentario.

Además, ese interés en reducir costes ha llevado a modificar el art. 83 LC incluyendo un tercer apartado de forma que ahora será la administración concursal quién deba detraer de su propia retribución los honorarios de los expertos independientes en la estimación de los valores de

⁸ Así, YANES YANES, P., «La reforma (inacabada) de la administración concursal en el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo», *RCP*, núm. 11, 2009, pág. 110.

⁹ Precisamente, con anterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley 3/2009 se promulgaron resoluciones judiciales que rechazaron un aumento de la retribución solicitado por acumulación de concursos. Vid. AJMER núm. 2 de Bilbao, de 19 de junio de 2008, proc. 14/2008 (LA LEY 152263/2008).

bienes y derechos o de viabilidad de acciones, cuando anteriormente los honorarios de estos profesionales se realizaba con cargo a la masa (antiguo art. 83.2 LC). De este modo, teniendo en cuenta la cualificación de los integrantes de la administración concursal, se quiere contener el recurso al nombramiento de expertos independientes y que éste sea sólo el resultado de una situación excepcional, si bien, la necesidad de su nombramiento en determinados concursos debido a su complejidad conlleva que sea preferible que el futuro arancel tenga en cuenta esta situación y establezca un factor de corrección que atenúe la pérdida retributiva¹⁰.

III. RÉGIMEN RETRIBUTIVO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. Determinación de la retribución

La retribución de los administradores concursales es fijada por el juez concursal previo informe de la administración concursal. Los acreedores y el deudor, por su parte, no pueden intervenir en la fijación de la cuantía de la retribución más que de un modo indirecto como es mediante la impugnación de la cantidad estipulada y la solicitud de modificación de la cuantía. El informe de los administradores concursales para que se fije la retribución puede presentarse en cualquier instante, si bien, lo lógico es que se presente al poco tiempo de ser nombrados atendiendo a lo expuesto en uno de los requisitos para determinar su cuantía como es «la previsible complejidad del concurso» (art. 34.2 LC).

¹⁰ Así, YANESYANES, P., «La reforma (inacabada) de la administración concursal...», *op. cit.*, pág. 117. En contra, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. – LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal (una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009)*, Cizur Menor, 2009, pág. 112, considera que cargar los honorarios de los expertos independientes a la administración concursal es una medida desproporcionada y operará como un desincentivo para que los administradores concursales acudan a estos expertos independientes, por lo que asumirán el ejercicio de estas funciones.

El informe debe incluir una propuesta motivada de retribución y los plazos en que consideren conveniente percibirla, siendo aplicables los plazos reglamentarios salvo que se motive la remuneración en otro momento distinto de los previstos en el arancel. No obstante, antes de dictar el auto de retribución, el juez puede requerir a los administradores concursales la aportación de datos que aclaren el informe presentado, inclusive, se ha estimado en base al art. 188.2 LC que es exigible legalmente la necesidad de dar trámite de audiencia al concursado antes de la fijación de los honorarios de la administración concursal por el juez¹¹. Finalmente, tras el informe de los administradores concursales, los datos aclarativos que se les exijan en su caso, y dar audiencia al deudor, el juez fija la retribución por medio de auto señalando la cuantía conforme al arancel, así como los plazos en que deba ser satisfecha.

Las cuantías y plazos reglamentarios aparecen regulados en los artículos 4º a 11º del RD 1860/2004 diferenciando entre «retribución en la fase común» y «retribución en las fases sucesivas». La retribución en la fase común varía dependiendo de si el concursado está bajo un régimen de intervención o suspensión del ejercicio de facultades patrimoniales, ya que en este último caso la cantidad puede incrementarse por el juez a su prudente arbitrio hasta un 50% respecto la retribución en caso de intervención, la cual, a su vez, supone que la retribución de cada uno de los administradores concursales en la fase común sea la suma que resulta de aplicar al valor de la masa activa y al valor de la masa pasiva los siguientes porcentajes establecidos en el anexo del RD 1860/2004:

¹¹ Así, la SAP de Gerona, Secc. 1ª, de 6 de noviembre de 2007, rec. 230/2007 (LA LEY 284572/2007).

a) Porcentajes aplicables sobre el activo

Activo (hasta euros)	Importe retribución	Resto de activo (hasta euros)	Porcentaje aplicable al resto de activo
0	0	500.000	0,600
500.000	3.000	500.000	0,500
1.000.000	5.500	9.000.000	0,400
10.000.000	41.500	40.000.000	0,300
50.000.000	161.500	50.000.000	0,200
100.000.000	261.500	400.000.000	0,100
500.000.000	661.500	500.000.000	0,050
1.000.000.000	911.500	En adelante	0,025

b) Porcentajes aplicables sobre el pasivo

Pasivo (hasta euros)	Importe retribución	Resto de pasivo (hasta euros)	Porcentaje aplicable al resto de pasivo
0	0	500.000	0,300
500.000	1.500	500.000	0,200
1.000.000	2.500	9.000.000	0,100
10.000.000	11.500	40.000.000	0,050
50.000.000	31.500	50.000.000	0,025
100.000.000	44.000	400.000.000	0,012
500.000.000	92.000	500.000.000	0,006
1.000.000.000	122.000	En adelante	0,003

El valor de la masa activa y de la masa pasiva se deriva del valor que resulte del inventario definitivo, y de la lista de acreedores definitiva, respectivamente. Hasta el momento en que tanto el inventario como la lista de acreedores sean definitivas, el juez aplica el arancel considerando como valor de la masa activa el de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor, y como valor de la masa pasiva, el que resulte de la relación de acreedores presentado por el deudor. Una vez establecido el importe definitivo de la masa activa y de la masa pasiva, el juez, en la misma resolución por la que ponga fin a la fase común o en otra de la misma fecha, determinará si, por aplicación del arancel, los administradores concursales deben percibir una cantidad superior a la inicialmente aprobada para la fase común o si deben reintegrar o compensar el exceso de lo percibido (art. 4º.4 RD 1860/2004).

Junto a las situaciones de intervención y suspensión, también varía la retribución de los administradores concursales dependiendo de si se ha ordenado la tramitación abreviada del concurso, en cuyo caso la retribución se incrementa entre un 5% y un 25% respecto la administración integrada por tres miembros (art. 4º.5 RD 1860/2004). Igualmente, se reduce la retribución en un 25% o en un porcentaje distinto que queda al arbitrio del juez, si se cesa o se suspende de forma total o parcial, respectivamente, la actividad profesional o empresarial que venía ejerciendo el deudor (art. 5º RD 1860/2004), lo cual no puede ser entendido que acontece cuando se realizan las operaciones de liquidación¹². Del mismo modo, en atención a la previsible complejidad del concurso, cuyo listado de supuestos aparece recogido en el art. 6.1 del RD 1860/2004¹³,

¹² Vid., AAP de Zaragoza, Secc. 5ª, de 15 de julio de 2009, rec. 338/2009 (LA LEY 137739/2009).

¹³ Estos son exclusivamente los siguientes:

- a) Cuando exista una discrepancia de, al menos, un 25% entre el valor de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado, o entre el importe del pasivo que resulte de la relación de acreedores presentada por el deudor y la definitivamente aprobada.

la cantidad se incrementará hasta un 5% en cada uno de los supuestos enumerados. Por último, en aquellos casos en los que se apruebe judicialmente un convenio anticipado, la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en los artículos 4 a 6 del RD 1860/2004 se incrementará hasta un 25%. La percepción de la retribución correspondiente a la fase común se abona de la siguiente manera: la mitad se abona dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza del auto que la fije; la mitad restante, dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza de la resolución que pone fin a la fase común. No obstante los plazos señalados, el juez del concurso puede establecer otros plazos distintos (art. 8º RD 1860/2004).

La retribución en las fases sucesivas, convenio y liquidación, se ve incrementada en función de la duración de las mismas. Así, la retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los meses de duración de la fase de convenio es equivalente al 10% de la

-
- b) Cuando, al menos, una cuarta parte del valor de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor corresponda a bienes que estén fuera del territorio español, siempre que el valor total de éstos sea superior a diez millones de euros.
 - c) Cuando el número de acreedores concursales sea superior a mil.
 - d) Cuando el número de trabajadores empleados por el deudor sea superior a doscientos cincuenta en la fecha de declaración del concurso, o cuando el número medio de trabajadores empleados durante el año inmediatamente anterior sea superior a doscientos cincuenta.
 - e) Cuando se tramiten ante el juez expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, de conformidad con el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, siempre que la empresa concursada tenga más de cincuenta trabajadores.
 - f) Cuando el número de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios que figuren en el inventario presentado por el deudor fuera superior a diez o, al menos, tres de ellos radiquen en distintas provincias.
 - g) Cuando el concursado hubiera emitido valores que estén admitidos a cotización en mercado secundario oficial.
 - h) Cuando el concursado fuera entidad de crédito o de seguros.

retribución aprobada para la fase común, misma cantidad que se aplica durante cada uno de los seis primeros meses de la fase de liquidación, puesto que a partir del séptimo mes desde que se abrió la fase de liquidación sin que hubiere finalizado ésta será equivalente al 5% de la retribución aprobada para la fase común durante cada uno de los meses sucesivos. Además, cada uno de los administradores concursales profesionales tiene derecho a percibir el 1% del incremento neto del valor de la masa por el ejercicio de acciones de reintegración por parte de la administración concursal, siendo el porcentaje para el administrador concursal no profesional del 0 5% (arts. 9º y 11º RD 1860/2004). No obstante, no acaban de entenderse los motivos por los que el administrador concursal acreedor no profesional no puede ser remunerado en las fases de convenio y liquidación, así como tampoco se entiende la diferencia de porcentaje en caso de ejercitar acciones de reintegración. En todo caso, la percepción de la retribución en estas fases se realiza a mes vencido, dentro de los cinco primeros días del mes inmediato posterior al vencimiento (art. 10º RD 1860/2004).

El auto que fija la retribución –también el que la modifica– tiene su propio recurso específico, el recurso de apelación (art. 34.5 LC), con lo que no es aplicable la previsión general establecida en art. 197.2 LC que establece que «*contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto*»¹⁴. El plazo para recurrir es de tres días y están legitimados para recurrir tanto los administradores concursales como las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso, esto es, según el art. 3 LC: el deudor persona física; cualquiera de los acreedores, salvo el acreedor que, dentro del periodo de los seis meses anteriores a la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singu-

¹⁴ Así ha sido entendido también por el AAP de Cádiz, Secc. 2ª, de 15 de octubre de 2008, rec. 328/2008 (LA LEY 226807/2008).

lar, después de su vencimiento; el órgano de administración o de liquidación del deudor persona jurídica; los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de una persona jurídica; y los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia cuando se trate del concurso de una herencia no aceptada pura y simplemente. Las alegaciones del recurrente, se admitan o no, deben ser tenidas en cuenta haciéndose expresa mención de ellas en el auto resolutorio¹⁵.

Por otro lado, dado que este auto dictado en la misma resolución por la que se pone fin a la fase común o en otra de la misma fecha, es la primera resolución contra la que puede interponerse recurso de apelación, se ha pretendido entender por los intervinientes en el concurso que este recurso supone la «apelación más próxima» a la que hace mención el art. 197.3 LC y en base a ello acumular la impugnación de la retribución con otras resoluciones dictadas en fase común. De esta interpretación se ha derivado la existencia de un nuevo requisito para recurrir el auto que fija la retribución impuesto por determinadas resoluciones judiciales como es requerir que la retribución fijada constituya un «auténtico gravamen ocasionado por dicha resolución a la parte recurrente» y no en base a un motivo distinto como pueden ser las resoluciones dictadas en el seno del concurso que carecen de apelación directa (v. gr., las sentencias de incidentes relativos a impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, y los autos resolutorios de recursos de reposición correspondientes a la fase común), reafirmando que «apelación más próxima» se refiere a la sentencia que se pronuncia contra el auto de aprobación o rechazo del convenio, o de aprobación del plan de liquidación ya que no cabe tal recurso contra la resolución que da por concluida la fase

¹⁵ Cfr. el AAP de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 4ª, de 26 de abril de 2006, rec. 575/2005 (AC 2006/861), y SAP de Gerona, Secc. 1ª, de 6 de noviembre de 2007, rec. 230/2007 (LA LEY 284572/2007).

común¹⁶. En consecuencia, cabe apelación para la retribución de los administradores concursales pero no para la que pone fin a la fase común aun cuando ambas medidas se adopten en la misma resolución.

2. Criterios para la fijación de la cuantía

Como hemos señalado, la retribución se hace con base en un arancel que atiende a la cuantía del activo y del pasivo (a diferencia del antiguo art. 1219 LEC, que basaba la retribución sobre un porcentaje de la venta de la masa de la quiebra¹⁷), al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del deudor, a la acumulación de concursos, a la cuantía o cese de la acti-

¹⁶ Así, VÁZQUEZ PIZARRO, M^a. T., «El recurso de apelación contra el auto que fija o modifica la retribución de los administradores concursales», *Revista del REFor*, núm. 20, octubre-diciembre 2006, pág. 52 y las siguientes resoluciones judiciales: AAP de Madrid, Secc. 28^a, de 1 de febrero de 2007, rec. 432/2006 (AC 2007/1150); AAP de Madrid, Secc. 28^a, de 15 de marzo de 2007, rec. 61/2007 (LA LEY 159463/2007); AAP de Madrid, Secc. 28^a, de 29 de marzo de 2007, rec. 607/2006 (LA LEY 300156/2007); AAP de Madrid, Secc. 28^a, de 10 de mayo de 2007, rec. 579/2006 (LA LEY 159471/2007); AAP de Madrid, Secc. 28^a, de 10 de julio de 2008, rec. 249/2008 (LA LEY 201695/2008); AAP de Madrid, Secc. 28^a, de 5 de julio de 2007, rec. 649/2006 (LA LEY 300139/2007); AAP de Madrid, Secc. 28^a, de 16 de julio de 2007, rec. 658/2006 (AC 2008/167); AAP de Madrid, Secc. 28^a, de 13 de septiembre de 2007, rec. 690/2006 (LA LEY 300142/2007); AAP de Madrid, Secc. 28^a, de 4 de octubre de 2007, rec. 37/2007 (LA LEY 195626/2007); SAP de Sevilla, Secc. 5^a, de 22 de octubre de 2008, rec. 4393/2007 (LA LEY 266350/2008); AAP de Madrid, Secc. 28^a, de 25 de octubre de 2007, rec. 49/2007 (LA LEY 324763/2007); AAP de Madrid, Secc. 28^a, de 25 de octubre de 2007, rec. 50/2007 (LA LEY 324762/2007); AAP de Madrid, Secc. 28^a, de 20 de diciembre de 2007, rec. 59/2007 (LA LEY 300158/2007); AAP de Las Palmas, Secc. 4^a, de 26 de marzo de 2009, rec. 786/2008 (LA LEY 63163/2009). En contra de esta postura también existen resoluciones, así el AAP de Zaragoza, Secc. 5^a, de 23 de noviembre de 2007, rec. 496/2007 (LA LEY 289053/2007); SAP de A Coruña, Secc. 4^a, de 16 de mayo de 2006, rec. 129/2006 (LA LEY 71250/2006); SAP de A Coruña, Secc. 4^a, de 25 de enero de 2007, rec. 603/2006 (LA LEY 5054/2007); y SAP de A Coruña, Secc. 3^a, de 3 de mayo de 2007, rec. 214/2007 (AC 2007/1719).

¹⁷ Cfr. AAP de Sevilla, Secc. 6^a, de 6 de junio de 2008, rec. 2439/2008 (LA LEY 205404/2008).

vidad patrimonial del deudor, y a la previsible complejidad del concurso, de ahí que deba ser examinado cada caso en concreto para fijar una determinada retribución¹⁸. Además el arancel se debe ajustar a las siguientes reglas previstas en el artículo 34.2 LC:

A. Regla de la exclusividad.

La regla de la exclusividad estaba ya regulada en el art. 3º.1, párrafo primero del RD 1860/2004 y en la actualidad integra la letra a) del artículo 34.2 LC, con un pequeño cambio de redacción que simplifica el previsto en el RD 1860/2004. Así, mientras en éste se entiende que la regla de exclusividad supone que «por el ejercicio de las funciones atribuidas por la Ley, los administradores concursales no podrán percibir con cargo a la masa activa cantidades distintas de las que resulten de la aplicación del arancele»; la redacción del art. 34.2.a) LC afirma que «los administradores concursales sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancele». En consecuencia, se viene a manifestar así que el administrador concursal tiene derecho a una remuneración única por el ejercicio en el concurso de las funciones atribuidas por la Ley, derivando esa retribución de las cantidades resultantes de la aplicación del arancel, y prohibiéndose, a tenor del art. 3.4º del RD 1860/2004, la entrega de una retribución complementaria o compensación de clase alguna, en dinero o en especie, por parte del concursado, acreedores o terceros¹⁹.

¹⁸ Así, SAP de Gerona, Secc. 1ª, de 6 de noviembre de 2007, rec. 230/2007 (LA LEY 284572/2007); y SAP de Sevilla, Secc. 5ª, de 22 de octubre de 2008, rec. 4393/2007 (LA LEY 266350/2008).

¹⁹ Como expresamente se recoge en los AJMER núm. 3 de Barcelona, de 4 de diciembre de 2008, proc. 943/2008 (LA LEY 181050/2008); AJMER núm. 3 de Barcelona, de 4 de diciembre de 2008, proc. 950/2008 (LA LEY 181051/2008); AJMER núm. 3 de Barcelona, de 4 de diciembre de 2008, proc. 945/2008 (LA LEY 181052/2008); AJMER núm. 3 de Barcelona, de 4 de diciembre de 2008, proc. 944/2008 (LA LEY 181053/2008); AJMER núm. 3 de Barcelona, de 4 de diciembre de 2008, proc. 949/2008 (LA LEY 181054/2008); AJMER núm. 3 de Barcelona, de 4 de diciembre de 2008, proc. 948/2008 (LA LEY 181055/2008); AJMER núm. 3 de Barcelona, de 4 de diciembre de 2008, proc. 946/2008 (LA LEY 181056/2008).

Esta prohibición se complementa con la prevista en el art. 151 LC que deniega a los miembros de la administración concursal la posibilidad de adquirir bienes y derechos que integren la masa activa, por sí o por persona interpuesta, ni siquiera en subasta, siendo inhabilitados para el ejercicio de su cargo si infringen esta prohibición, y debiendo reintegrar a la masa el bien o derecho que hubieren adquirido sin contraprestación alguna. A estos efectos debe añadirse el previsto específicamente para el administrador concursal acreedor que vulnera esta prohibición por cuanto perderá el crédito de que fuera titular.

La vigencia del RD 1860/2004 hasta que se publique un nuevo arancel lleva a mantener el resto de afirmaciones que acompañan a la señalada «regla de la exclusividad» en el art. 3º RD 1860/2004 y que, por su importancia, parece que deberán también integrar el contenido del futuro arancel o, en su caso, señalar las modificaciones que se estimen precisas. Así, junto a la prohibición de recibir compensación o retribución de otros sujetos recogida en el art. 3º.4 RD 1860/2004 ya señalada anteriormente y que, aunque se derogue expresamente, seguirá siendo aplicable con una interpretación a contrario de la «regla de la exclusividad», debe plantearse las cuestiones relativas al pago de los gastos justificados de desplazamiento, y las actuaciones concretas realizadas por los profesionales. En efecto, con el régimen reglamentario vigente, se exceptúan de la «regla de la exclusividad» las cantidades correspondientes a los gastos justificados de desplazamiento fuera del ámbito de la competencia territorial del juzgado en que se tramite el concurso (art. 3º.1, párrafo segundo RD 1860/2004)²⁰, mientras que por otro lado se afirma que «*el administrador concursal que tenga la condición de auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados y los demás administradores concursales no podrán percibir con cargo a la masa activa cantidad alguna por la supervisión de las cuen-*

²⁰ No obstante, se ha entendido por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. – LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal...*, op. cit., pág. 112., que «la formulación terminante con que se recoge la regla de la exclusividad en el art. 34.2 LC parece excluir la vigencia de la excepción reglamentaria».

tas anuales que formule el concursado o los administradores de la entidad concursada durante la tramitación del concurso, ni por la formulación de esas cuentas en caso de suspensión» (art. 3º.2 RD 1860/2004), así como que «el administrador concursal que tenga la condición de abogado no podrá percibir con cargo a la masa activa cantidad alguna por la dirección técnica de los recursos que la administración concursal interponga contra las resoluciones del juez del concurso» (art. 3º.3 RD 1860/2004).

B. Regla de la identidad.

La regla de la identidad también se encuentra regulada en el art. 2 del RD 1860/2004, así como integraba el antiguo artículo 34.2 LC, en ambos con distinto texto pero mismo significado. En efecto, mientras el artículo 34.2, *in fine* LC afirmaba que «*las participaciones de los profesionales designados administradores concursales en dicha retribución serán idénticas entre sí, y de doble cuantía que la del administrador concursal acreedor cuando se trate de persona natural y no designe profesional que actúe en su representación conforme a lo previsto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 27*», el artículo 2 del RD 1860/2004 señala que «*1. La retribución será idéntica para los administradores concursales que tengan la condición de profesionales; 2. En el caso de que se hubiera nombrado como administrador concursal a un acreedor que sea persona natural y éste no hubiera designado a un profesional para el ejercicio de las funciones propias del cargo, la retribución del administrador será la mitad de la que corresponda a cada uno de los administradores concursales profesionales*». El nuevo art. 34.2.b) LC mantiene el sentido de los dos artículos señalados y, con otra redacción distinta de las anteriores, manifiesta que «*La participación en la retribución será idéntica para los administradores concursales que tengan la condición de profesionales y de doble cuantía que la del administrador concursal acreedor cuando se trate de persona natural y no designe profesional que actúe en su representación conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 27*».

Para poder entender el sentido de esta regla es preciso acudir a la conformación de la administración concursal en su «modelo general». La Ley

Concursal parte de un modelo general de administración concursal integrada por tres miembros: dos profesionales y un acreedor. Los dos profesionales son, un abogado y un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado. El abogado ha de tener una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo, entendiéndose referida al ejercicio efectivo como profesional de la abogacía, excluyéndose así que puedan ser administradores los sujetos que realicen cualquier otra actividad profesional relacionada con el Derecho, así como el tiempo que se hubiese dedicado a estas actividades o se hubiese estado como colegiado no ejerciente. En consecuencia, sólo el abogado colegiado como ejerciente durante un período mínimo de cinco años puede ser designado administrador. Ahora bien, no se precisa que dicho ejercicio sea ininterrumpido, ni estar colegiado los cinco años anteriores al nombramiento, sino que basta con acreditar los cinco años de ejercicio y estar colegiado como ejerciente en el momento de la solicitud, valiendo como prueba de la experiencia profesional la remisión del alta en el IAE o un certificado de la AEAT. Además, cualquier abogado que cumpla con el requisito de ejercicio efectivo durante cinco años puede ser designado como administrador concursal, ya que no se exige que el ejercicio esté orientado exclusivamente al ámbito jurídico concursal, ni siquiera al jurídico mercantil. No obstante, tanto el ámbito profesional en el que haya trabajado el abogado como la vigencia de su actividad, son factores que pueden ser valorados por el juez en el momento del nombrar a un candidato u otro pero no excluyen, a priori, de la designación²¹.

²¹ Así, DE LA CRUZ BÉRTOLO, J. M^a., «Sobre quiénes pueden ser administradores concursales», *RCP*, núm. 1, 2004, pág. 300; TIRADO, I., «Artículo 27», en AA.VV. *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO, A., BELTRÁN, E. (dirs.), t. I, pág. 575; AURIOLAS MARTÍN, A., «Algunas consideraciones sobre la administración concursal “profesional” y sus repercusiones sobre la economía del concurso», en AA.VV., *Estudios sobre la ley concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2004, t. 2, pág. 1255. En contra, CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., «Consideraciones genéricas sobre la administración concursal en la Ley 22/2003», *Revista del REFor*, núm. 7, julio-septiembre 2003, pág. 42, aboga por exigir a los profesionales una especialización en materia concursal o mercantil.

El otro administrador concursal profesional debe ser auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado, lo que incluye a Licenciados en Ciencias Económicas, en Ciencias Empresariales, en Administración y Dirección de Empresas, Diplomados en Ciencias Empresariales²², peritos y profesores mercantiles y cualquier otro que forme parte de los Colegios profesionales integrados en el Consejo Superior de Titulados Mercantiles y Empresariales²³. Como en el caso anterior se exige igualmente una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo²⁴, sin que sea necesario acreditar una experiencia especializada en el ámbito de empresas en situaciones de crisis financiera. En cuanto a la forma de acreditar tal experiencia valen las consideraciones anteriores, teniendo en cuenta que todos estos profesionales han de inscribirse en su respectivo colegio salvo los auditores de cuentas que se inscriben en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC).

Por lo que respecta al acreedor, ha de ser titular de un crédito ordinario –esto es, que no sea privilegiado ni subordinado- o con privilegio general, que no esté garantizado. No se le exige ningún tipo de cualificación profesional, si bien, cuando el acreedor sea una persona jurídica deberá designar a un profesional que cumpla con las condiciones del administrador con perfil económico, contando también con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo, estar inscrito en el Registro oficial de auditores de cuentas (ROAC) o en el correspondiente a su colegio profesional, así como haber manifestado su disponibilidad para desempeñar el cargo de administrador concursal en

²² Así, PORFIRIO CARPIO, L.-J., «El acceso de los diplomados en ciencias empresariales a la administración concursal», *ADCo*, núm. 15/2008-3, pág. 632.

²³ TIRADO, I., «Artículo 27», *op. cit.*, pág. 576.

²⁴ No obstante, existen autos judiciales en los cuales no se habla de experiencia profesional sino de «experiencia mercantil», véanse las referencias LA LEY: 181050/2008, 181051/2008, 181052/2008, 181053/2008, 181054/2008, 181055/2008, y 181056/2008.

el referido Registro, estar inscrito en las listas que consten en el juzgado, y siéndole aplicable el régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones estipulado en el art. 28 LC. En caso de tratarse de un acreedor persona natural en quien no concurra la condición de auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado, se le faculta para optar entre participar por sí mismo en la administración concursal, o bien, designar a un profesional que reúna las condiciones del administrador de perfil económico, debiendo estar el designado por el acreedor incluido en las listas que se encuentran en los juzgados, y al cual también le será de aplicación el régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y remuneración de los demás miembros de la administración concursal. En consecuencia, la predeterminación de los posibles designados por su inclusión en las listas supone que el administrador concursal acreedor tanto persona física como jurídica no pueda nombrar a un representante con quien le una un vínculo de confianza, sino que debe limitarse a los inscritos.

Este «modelo general» se puede ver afectado atendiendo a la naturaleza del deudor (art. 27.2.1º y 2º LC) o a la naturaleza del acreedor administrador concursal (art. 27.4 LC), en cuyos casos se plantean especialidades respecto a los sujetos que pueden ser remunerados por realizar la labor de administrador concursal, tal y como hemos explicado en el primer apartado del presente trabajo, pero también se pueden plantear especialidades atendiendo a las características del propio deudor que puede llevar al establecimiento de un procedimiento abreviado (arts. 190 y 191 LC) donde la administración concursal no esté conformada por tres sujetos sino por uno salvo que el juez, apreciando en el caso motivos especiales que lo justifiquen, resuelva expresamente lo contrario. En caso de proceder a la reducción, el sujeto designado administrador concursal, deberá ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado que tenga una experiencia profesional de, al menos cinco años de ejercicio efectivo. Ante la disyuntiva de tener que elegir entre un profesional jurídico o económico, la doctrina ha abogado por

la posibilidad de designar a un administrador en quien concurran los dos tipos de formación, así como por la prevalencia del especialista económico sobre el jurídico en base a lo previsto en el art. 27.1.3º, párrafos segundo y tercero de la LC²⁵.

La «regla de identidad» viene a establecer así, sin posibilidad de variación por el juez –aunque se admite por algún autor la posible existencia de acuerdos internos de los administradores concursales en contrario²⁶–, que la retribución del administrador concursal acreedor persona natural que no designe profesional que actúe en su representación es la mitad de la cuantía percibida por los administradores concursales profesionales, que serán idénticas entre sí. Con esta medida, se pone de manifiesto la menor relevancia o dedicación del administrador concursal acreedor persona natural, si bien, esta medida puede considerarse injustificada, no tanto porque las decisiones se adopten de forma colegiada –ya que el acreedor no profesional suele limitarse a mostrar su conformidad con lo expresado por los profesionales– sino por el hecho de responder todos los administradores concursales de forma solidaria entre sí²⁷. No obstante, en los casos en los que el acreedor persona natural designe a un profesional económico que actúe en su representación, la remuneración sería igual que la de los otros dos administradores (supuesto del último párrafo del art. 27.1 LC), como así también sucede cuando el designado administrador concursal acreedor es una persona jurídica. Ahora bien, el precepto nada dice respecto a aquél administrador concursal acreedor persona natural

²⁵ De la primera opinión, MAGRO SERVET, V., *op. cit.*, pág. 1670; respecto la segunda, YANES YANES, P., «La administración concursal», en AA.VV. *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003, Concursal y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, GARCÍA-VILLAVARDE, R., PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A. (dirs.), Madrid, 2003, pág. 193. También el auto de referencia LA LEY 254085/2007 optó por designar a un economista, si bien, el juez no motivó su decisión.

²⁶ ESCOBOSA SAN MIGUEL, F. J., «La retribución de los administradores concursales», *Revista del REFor*, núm. 13, enero-marzo 2005, pág. 17.

²⁷ DE LA CRUZ BÉRTOLO, J. M^a, «Artículo 34», *op. cit.*, pág. 567.

que es auditor, economista o titular mercantil colegiado. No obstante, una lectura finalista y lógica de la norma nos lleva a considerar que en este caso su retribución sería igual que la de los otros dos profesionales, ya que en todo caso que hay un representante profesional económico del acreedor es remunerado de este modo, por lo que no tendría sentido que siendo el propio acreedor un profesional de los señalados cobrase la mitad²⁸.

C. Regla de la limitación.

La «regla de la limitación» es un principio novedoso respecto al régimen anterior del art. 34 LC, no constando tampoco en el RD 1860/2004, y que entrará en vigor cuando sea aprobado el nuevo arancel. A través de esta regla se afirma que los administradores no pueden ser retribuidos por encima de la cantidad máxima que se fije en el futuro arancel para el conjunto del concurso. De este modo se pretende evitar la existencia de retribuciones desproporcionadas en concursos de gran dimensión, y de nula o escasa retribución en los concursos de pequeña y mediana entidad. Esta regla cumple así una función de contención retributiva justificada por la situación de insolvencia y que encuentra pleno acomodo en un sistema retributivo arancelario de precios intervenidos²⁹.

D. Regla de la efectividad.

La cuarta regla a la que debe ajustarse el arancel es la «regla de la efectividad». Al igual que señalábamos con la «regla de la limitación», se trata de una regla novedosa respecto la legislación anterior y la vigente en el

²⁸ TIRADO, I., *Los administradores concursales, op. cit.*, pág. 485; SOLER PASCUAL, L. A., «La retribución del administrador concursal. Análisis del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. La retribución de los auxiliares delegados y los expertos independientes», *RCP*, núm. 3, 2005, pág. 41.

²⁹ YANES YANES, P., «La reforma (inacabada) de la administración concursal...», *op. cit.*, pág. 117.

RD 1860/2004, y será de aplicación cuando entré en vigor el nuevo arancel. Con la «regla de la efectividad» se pretende solventar el problema de los concursos con nula o escasa masa que lleva a que los administradores no puedan cobrar por la realización de sus funciones teniendo en cuenta, además, que estos concursos también cuentan a efectos del máximo previsto de nombramientos por el mismo juzgado que imposibilita que un mismo administrador pueda ser designado como tal en más de tres concursos dentro de los dos años anteriores, en caso de existir suficientes personas disponibles en el listado correspondiente (art. 28.2 LC), así como no existe una limitación en el régimen de responsabilidad por la actividad realizada. A estos efectos ha de añadirse el tiempo y esfuerzo dedicado, y los gastos que el propio concurso pueda conllevar para el profesional que no ve cubiertos por su participación en estos concursos con poca o nula masa.

La reacción del legislador ante este problema ha sido el establecimiento de esta «regla de la efectividad» con la que se pretende garantizar la retribución en todo tipo de concursos, inclusive en los casos de falta de masa, mediante una cantidad mínima retributiva que será abonada cuando la masa sea insuficiente para retribuir a los administradores concursales. La retribución se realizará a cargo de una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de todos los administradores concursales, mediante detracciones proporcionales a practicar sobre las retribuciones que efectivamente perciban en los concursos en que actúen y no sufran de falta de masa. Se configura de este modo, «un principio de solidaridad profesional y de redistribución del riesgo retributivo frente al menos defendible de asunción de la garantía retributiva por el Estado»³⁰.

3. Modificación de la cuantía

La cuantía fijada en el auto judicial, así como los plazos en que debe ser satisfecha, pueden ser modificados en cualquier estado del procedi-

³⁰ YANES YANES, P., *op. ult. cit.*, pág. 118.

miento por el juez, bien de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor, concurriendo justa causa y teniendo igualmente en cuenta lo previsto en el arancel. Los propios administradores concursales estarían facultados para solicitar la modificación por aplicación analógica del art. 34.3 LC, e inclusive obligados en virtud del deber de lealtad (art. 35.1 LC) cuando conozcan de una causa que motiva disminuir la cuantía o fijar unos nuevos plazos más convenientes para el interés del concurso³¹. Por justa causa ha de entenderse, por ejemplo, que el procedimiento sea más complejo de lo inicialmente previsto, que se pase de un procedimiento ordinario a uno abreviado o viceversa, que se acuerde el cambio de las situaciones de intervención y suspensión de las facultades patrimoniales del deudor, o bien, que se acuerde el cese, la reanudación o la suspensión de la actividad empresarial³². La modificación de la retribución produce sus efectos desde la fecha señalada en el auto que la declare o, en defecto de esta previsión, desde la fecha del propio auto (art.12º RD 1860/2004).

4. Pérdida del derecho a la retribución

El art. 34 LC no regula los supuestos en los que un administrador concursal pierde el derecho a la retribución sino que éstos aparecen dispersos a lo largo del articulado de la Ley Concursal teniendo en común todos los casos que la pérdida aparece configurada como sanción por incumplir los deberes del cargo. Las causas de pérdida del derecho a la retribución son tres:

1. La no presentación del informe de la administración concursal en el plazo establecido en el art. 74 LC. En efecto, el art. 74.1 LC fija un

³¹ JUANY MATEU, F., «La retribución de los administradores concursales», en AA.VV., *Estudios sobre la ley concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2004, t. 2, pág. 1386.

³² SAP de Gerona, Secc. 1ª, de 6 de noviembre de 2007, rec. 230/2007 (LA LEY 284572/2007).

plazo de dos meses contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación del cargo de dos administradores para presentar el informe de la administración, pudiendo ser prorrogado ese plazo por el juez, por tiempo no superior a un mes, a solicitud de la administración concursal, presentada antes de su expiración y fundada en circunstancias extraordinarias (art. 74.2 LC). La no presentación del informe en el plazo señalado va a motivar que los administradores concursales pierdan el derecho a la remuneración fijada por el juez del concurso y que deban devolver a la masa las cantidades percibidas, si bien, puede interponer un recurso de apelación contra la resolución judicial que imponga esta sanción.

2. El incumplimiento del deber de asistencia a la junta de acreedores (art. 117.1 LC). La Ley Concursal establece como un deber de los administradores concursales su asistencia a la junta de acreedores, de ahí que su incumplimiento motive la pérdida del derecho a la remuneración fijada, con la devolución a la masa de las cantidades percibidas, pudiendo imponerse recurso de apelación contra la resolución que imponga esta sanción.

3. Por último, también es causa de pérdida de retribución la prolongación indebida de la liquidación cuando ha pasado un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta y no hay un motivo que justifique tal dilación. En este supuesto el administrador concursal puede ser separado de su cargo por el juez a solicitud de cualquier interesado, en cuyo caso los administradores concursales separados pierden el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubiesen percibido desde la apertura de la fase de liquidación (art. 153.3 LC). Por tanto, a diferencia de los dos supuestos anteriores de pérdida de retribución, no deben devolverse a la masa las cantidades percibidas hasta ese momento, sino sólo las percibidas desde la apertura de la fase de liquidación.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AURIOLES MARTÍN, A., «Algunas consideraciones sobre la administración concursal “profesional” y sus repercusiones sobre la economía del concurso», en AA.VV., *Estudios sobre la ley concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2004, t. 2, pág. 1255.
- CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., «Consideraciones genéricas sobre la administración concursal en la Ley 22/2003», *Revista del REFor*, núm. 7, julio-septiembre 2003, pág. 42.
- DE LA CRUZ BÉRTOLO, J. M^a, «Artículo 34», en AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C., y ALCOVER GARAU, G. (dirs.), t. I, pág. 564.
- DE LA CRUZ BÉRTOLO, J. M^a, «Sobre quiénes pueden ser administradores concursales», *RCP*, núm. 1, 2004, pág. 300.
- ESCOBOSA SAN MIGUEL, «Coste-beneficio de la retribución de los administradores concursales en relación con las funciones que deben desempeñar», *RCP*, núm. 2, 2005, pág. 224.
- ESCOBOSA SAN MIGUEL, F. J., «La retribución de los administradores concursales», *Revista del REFor*, núm. 13, enero-marzo 2005, pág. 17.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., «La administración concursal», en AA.VV., *Estudios sobre la ley concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2004, t. 2, pág. 1341.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. – LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal (una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009)*, Cizur Menor, 2009, pág. 112.
- JUAN Y MATEU, F., «La retribución de los administradores concursales», en AA.VV., *Estudios sobre la ley concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2004, t. 2, pág. 1386.

- MAGRO SERVET, V., «La competencia y responsabilidad de la Administración Concursal en la Ley 22/2003», *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2005, pág. 1675.
- PORFIRIO CARPIO, L.-J., «El acceso de los diplomados en ciencias empresariales a la administración concursal», *ADCo*, núm. 15/2008-3, pág. 632.
- RODRÍGUEZ RUIZ DEVILLA, D., «La retribución de los administradores concursales», *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2005, pág. 1655.
- SOLER PASCUAL, L. A., «La retribución del administrador concursal. Análisis del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. La retribución de los auxiliares delegados y los expertos independientes», *RCP*, núm. 3, 2005, pág. 41.
- TIRADO, I., «Artículo 27», en AA.VV. *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO, A, BELTRÁN, E. (dirs.), t. I, pág. 575.
- TIRADO, I., *Los administradores concursales*, Madrid, 2005, pág. 484;
- VÁZQUEZ PIZARRO, M^a. T., «El recurso de apelación contra el auto que fija o modifica la retribución de los administradores concursales», *Revista del REFor*, núm. 20, octubre-diciembre 2006, pág. 52.
- YANES YANES, P., «La administración concursal», en AA.VV. *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003, Concursal y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, GARCÍA-VILLAVERDE, R., PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A. (dirs.), Madrid, 2003, pág. 193.
- YANES YANES, P., «La reforma (inacabada) de la administración concursal en el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo», *RCP*, núm. 11, 2009, pág. 117.

L'autonomie administrative du Pays Basque de France sous l'Ancien Regime

MAÏTÉ LAFOURCADE

Professeur émérite de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/04/14

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2010/05/17

Résumé: La Basse- Navarre, royaume de Navarre jusqu'à son intégration au royaume de France en 1620, était un pays d'états comme il en existait encore de nombreux en France avant la Révolution. Les États de Navarre étaient composés des trois ordres ou états de la province, les députés du tiers étant munis d'un mandat représentatif. Toutefois, les sept pays et vallées qui composaient la province avaient, comme le Labourd et la Soule, conservé le régime traditionnel basque, soit une démocratie directe à base familiale et une grande autonomie administrative. Mais, en Soule, à une époque inconnue, le Grand Corps, groupant Noblesse et Clergé, s'était superposé à l'assemblée des maîtres de maison ou Silviet ; puis la Soule perdit, en 1730, ses institutions et son autonomie. Seul le Labourd conserva une très grande autonomie administrative au sein du royaume de France jusqu'à la Révolution.

Mots clés: Justice, Droit, Milices, Voirie, Traités internationaux, Impôts.

Resumen: La Nafarroa Beherea (Baja Navarra), del reino de Navarra hasta su integración en el reino de Francia en 1620, era un país de estados tal como los que ya existían en buen número en Francia antes de la Revolución. Los Estados de Nafarroa estaban compuestos por tres órdenes o estados de la provincia, los diputados de la tercera estaban investidos de un mandato representativo. Sin embargo, los siete países y valles que componían la provincia habían conservado, como Lapurdi y Zuberoa, el régimen tradicional vasco, es decir una democracia directa de base familiar y una gran autonomía administrativa. Pero, en Zuberoa, en una época desconocida, el Gran Cuerpo, que agrupaba a la nobleza y al clero, se había impuesto sobre la asamblea de cabezas de

familia o Silviet; luego, Zuberoa perdió, en 1730, sus instituciones y su autonomía. Sólo Lapurdi conservó una autonomía administrativa muy amplia dentro del Reino de Francia hasta la Revolución.

Palabras clave: Justicia, derecho, milicias, red de comunicaciones, tratados internacionales, impuestos.

Laburpena: Nafarroa Beherea Nafarroako Erresumaren barruan egon zen, 1620an Frantziako Erresumaren barruan geratu arte. Orduko, estatuez osatutako herrialdea zen, halakoak hamaikatzu baitziren Frantzian, Iraultzaren aurretik. Nafarroako estatu horien partaide ziren probintziako hiru maila edo estatu; eta hirugarrenekoaren diputatuek ordezkaritza mandatu zuten. Nolanahi ere, probintziako zazpi herrialde eta haranek eutsi egin zioten, Lapurdik eta Zuberoak bezala, euskal araubide tradizionalari, hau da, zuzeneko demokraziari, demokrazia horren oinarria familia bera zela. Gainera, haien autonomia administratiboa zabala zen. Alabaina, Zuberoan, garai ezezagun batean, Talde Nagusiak, bere baitan nobleak eta apaizak batzen zituen horrek, bere agintea ezarri zuen, familiaburuen biltzarrean edo Silviet deiturikoan. Gero, 1730. urtean, Zuberoak galdu egin zituen bere erakundeak eta bere autonomia. Lapurdik bakarrik eutsi zion, Frantziako Erresumaren barruan, bere autonomia administratibo zabalari, Iraultza gertatu arte.

Gako-hitzak: Justizia, zuzenbidea, miliziak, komunikabideen sarea, nazioarteko itunak, zergak.

Abstract: Nafarroa Beherea (Lower Navarre), once part of the kingdom of Navarre until its annexure into the kingdom of France in 1620, was a states-general such as those that had already existed in great numbers in France before the Revolution. The States of Navarre consisted of three orders (classes) or states of the province, the representatives (commons) of the third order were invested with a representative mandate. Nonetheless, seven states and valleys that made up the province had retained, such as Labourd and Soule, the traditional Basque system, that is, family-based direct democracy and mayor administrative self-government. However, in Soule, at a time unknown, the Grand Corps, that encompassing the nobility and the clergy had imposed taxes on the general assembly of family heads or also known as the Silviet; later in 1730, Soule lost its institutions and self government. Only Labourd retained its very broad administrative self-governance within the Kingdom of France until the Revolution.

Key words: Justice, law, militias, communications network, international treaties, taxes.

SOMMAIRE:

I. COMPÉTENCE UNIVERSELLE DES INSTANCES ADMINISTRATIVES LOCALES. La Justice. Le droit. Les milices. La voirie. Les traités internationaux. II. LES RELATIONS AVEC LE GOUVERNEMENT CENTRAL. L'autonomie financière. Les interventions royales.

Bien que les trois provinces basques de France aient eu une histoire différente, on y trouve le même attachement des Basques à leurs libertés et à leurs traditions, de telle sorte qu'elles ont conservé longtemps, mais inégalement, une réelle autonomie administrative au sein du royaume de France. La monarchie française, centraliste et unificatrice, a constamment lutté pour les assimiler au droit commun, Mais elle se heurta, surtout en Labourd, à la résistance de la population, très attachée à ses privilèges, qui parvinrent à subsister jusqu'à la Révolution française. En Soule, les agents du roi, aidés par la noblesse locale, réussit, au XVIIIème siècle à imposer un statut plus conforme à celui des autres provinces françaises. La Basse Navarre était un royaume et le demeura en France jusqu'à son annexion à la France par Louis XIII, en 1620, ce qui facilita son assimilation apparente.

Chacune des trois provinces basques avait une organisation administrative différente, due à une origine différente. Nous ne savons pas grand-chose des peuplades sur le territoire actuel du Pays basque avant l'arrivée des troupes romaines au 1^{er} siècle avant notre ère. Dès leur apparition dans l'Histoire, les Vascons sont décrits comme un peuple dont les mœurs, les coutumes, la langue et l'aspect physique différaient des populations voisines et qui étaient rebelles à toute domination. Lors de l'organisation administrative de l'Empire romain par Auguste, les Vascons du Nord furent intégrés dans la province d'Aquitaine au sud-ouest de la Préfecture des Gaules, séparés de ceux du Sud qui étaient dans la Tarraconaise, au nord de l'Hispanie. Ainsi qu'en témoigne la pierre d'Hasparren, les Vascons du Nord se séparèrent des Aquitains pour former une entité différente: la Novempopulanie, qui devint, à l'époque

franque, le duché de Vasconie du Nord. Á la fin de l'époque franque, lors de la décadence carolingienne, dans l'anarchie générale, la Navarre, la vicomté de Béarn et le comté de Bigorre se détachèrent de la Vasconie du Nord et eurent dès lors un destin différent.

Pour repousser les envahisseurs, qui les assaillaient au nord et au sud, les Navarrais se donnèrent, au IX^{ème} siècle, un chef de guerre, Eneko Arista, originaire de Bigorre. En 905, son successeur, Sancho Garcés 1^{er} prit le titre de roi, lequel devint rapidement héréditaire, ce qui eut pour conséquence de substituer une monarchie à l'antique démocratie basque. Ce nouveau régime politique favorisa l'implantation de la féodalité et du régime seigneurial, accompagnés d'une inévitable hiérarchie sociale, surtout à partir du XIII^{ème} siècle. C'est ainsi que naquit le royaume de Navarre, qui devint très puissant au XI^{ème} siècle, sous le règne de Sanche III le Grand qui engloba dans son vaste territoire les autres terres peuplées de Vascons. Mais, à la mort de ce roi en 1035, son royaume fut démembré.

Le Labourd, demeuré en Aquitaine, passa sous la suzeraineté du roi d'Angleterre, par le mariage, en 1152, de la duchesse d'Aquitaine, Aliénor, avec Henri Plantagenêt qui devint roi d'Angleterre à la mort de son père deux ans plus tard. Quant à la vicomté de Soule, après une série de guerres contre les Béarnais et les Navarrais, elle finit par se soumettre au roi d'Angleterre en 1307.

La Soule et le Labourd furent conquis par les troupes de Charles VII respectivement en 1449 et 1451 et définitivement intégrés dans le royaume de France, mais tout en conservant leurs privilèges, au sens étymologique du terme: *privata lex*: loi propre en latin, ce qui a le même sens qu'autonomie: *auto nomos* en grec, dus à leurs origines.

La Navarre demeurait un royaume indépendant. Mais elle fut envahie par les troupes de Ferdinand d'Aragon, époux d'Isabelle de Castille, en 1512, qui l'incorpora à la Castille en 1515. Les souverains de Navarre se réfugièrent dans la *merindad de Ultra Puertos*, au nord du pays, d'où ils

s'efforcèrent de reconquérir leur royaume perdu, mais en vain. Charles Quint leur abandonna finalement, en 1530, les terres d'*Ultra Puertos*, actuelle Basse Navarre. Henri II d'Albret n'en demeurait pas moins roi de Navarre et il organisa son petit royaume à l'image de l'ancien. Dès 1529, il avait institué des États Généraux de Navarre, *semblable* aux *Cortes* de Pampelune et, l'année suivante, une Cour Suprême de Justice, la Chancellerie de Navarre. Son fils, Henri III de Navarre, seul héritier légitime de la Couronne, devint roi de France, en 1589, après l'assassinat d'Henri III de France. Dès lors, le royaume de France et le royaume de Navarre, réduit à la Basse Navarre, eurent le même souverain, Henri IV, «roi de France et de Navarre». La Basse Navarre n'en demeurait pas moins un royaume indépendant, Henri IV ayant conservé la souveraineté de la Navarre et du Béarn, qui ne relevaient pas du roi de France. Mais, le fils d'Henri IV, Louis XIII, entreprit de réaliser l'union à la Couronne de France de ces deux Souverainetés dont il avait hérité à la mort de son père. Pour vaincre leur opposition, il vint à Pau avec ses troupes et, sans avoir consulté les États généraux de Navarre, il fit enregistrer, en lit de justice, le 20 octobre 1620, l'édit incorporant au domaine de la Couronne de France le royaume de Navarre et la Souveraineté de Béarn et unissant les deux Cours suprêmes de Justice, la Chancellerie de Navarre et le Conseil souverain de Pau, pour donner naissance au Parlement de Navarre, siégeant à Pau. Les Navarrais paraissent avoir été plus touchés par la disparition de leur Cour de justice que par leur intégration au royaume de France, car Louis XIII leur avait promis le maintien de leurs «Fors, Franchises, Libertés...». Ils conservèrent donc leur propre organisation, leur droit et leurs institutions... Mais, la Basse Navarre n'était plus un royaume; elle était devenu, dans l'administration française, un Pays d'états.

L'organisation de la France était très complexe ; de nouvelles structures étaient venues s'ajouter, au cours des siècles, aux anciennes sans les faire disparaître, de telle sorte que la France était encombrée de débris du passé qui survivaient par la seule routine. Le roi ne voulait pas mécontenter ses sujets et n'avait rien d'un despote même éclairé.

Lorsque le roi annexait au domaine de la Couronne un nouveau territoire, il conservait ses anciennes structures, dont le conseil, devenu au XIV^e siècle, comme le Conseil du roi, des États généraux, parce que composés des représentants des trois ordres ou états: Clergé, Noblesse et Tiers-état. Il s'agissait, dans le royaume de France, de Pays d'états. Le Labourd et la Soule jusqu'à la réforme de 1730, avaient un statut différent de celui de la Basse Navarre, pays d'États; néanmoins, celle-ci, ayant conservé ses anciennes structures, était composée de pays et vallées autonomes au sein de la province.

L'organisation des assemblées traditionnelles basques, dans les pays et vallées de Basse Navarre, comme en Labourd et en Soule, était très démocratique. Le pouvoir appartenait aux maîtres de maison qui se réunissaient le dimanche, dans chaque paroisse pour prendre toutes les décisions concernant leur communauté et qui désignaient des mandataires à l'assemblée générale du pays, munis d'un mandat impératif; ils devaient revenir auprès de leurs mandants qui prenaient les décisions à la majorité des voix, les décisions, qui étaient ramenées par les mandataires à une seconde session de l'assemblée générale, appelée Biltzar en Labourd. En Soule, la noblesse était beaucoup plus présente qu'en Labourd; elle réussit, unie au clergé, à s'ajouter à l'assemblée générale, aux représentants des communautés ou Silviet, pour former la Cour d'Ordre, où le Grand corps avait une voix et le Silviet, une voix aussi. Cette organisation démocratique existait aussi dans les sept pays et vallées de Basse Navarre, en dépit de l'existence des États généraux de Navarre, héritiers du Conseil souverain de la monarchie navarraise.

Terres allodiales, administrées par leurs propres assemblées de maîtres de maison, les trois provinces jouissaient d'une exceptionnelle autonomie administrative au sein du royaume de France. Les relations avec la monarchie étaient réduites, bien que les tentatives de celle-ci pour les intégrer dans un royaume uniforme aient été de plus en plus nombreuses à la fin de l'Ancien Régime, avec plus ou moins de réussite selon les provinces.

I. COMPÉTENCE UNIVERSELLE DES INSTANCES ADMINISTRATIVES LOCALES

Le Biltzar en Labourd, la Cour d'Ordre en Soule et les Cours générales des pays et vallées en Basse Navarre avaient un pouvoir réglementaire qui s'exerçait dans tous les domaines. Pour plus de clarté, nous n'envisagerons que les principaux.

À la veille de la Révolution, l'unité, objet de la politique royale depuis Louis XI, était loin d'être réalisée. Chaque service public avait sa propre organisation administrative, ce qui oblige à les envisager séparément.

La Justice

C'est le premier service public, le plus important au Moyen Âge, duquel découlaient tous les autres, que le roi de France organisa, sans supprimer les justices seigneuriales et ecclésiastiques. Comme sous l'Empire romain, elle devint étatique, exercée par des fonctionnaires royaux et des tribunaux hiérarchisés jusqu'au roi, juge suprême.

Si un tribunal royal fut établi en Labourd, la Soule et la Basse Navarre conservèrent longtemps leur propre juridiction.

En Labourd et en Soule, le régime seigneurial n'avait pas pénétré au Moyen Âge. La justice était alors populaire, rendue par les maîtres de maison. En Soule cependant, quelques riches propriétaires usurpèrent des terres qu'ils peuplèrent de fivatiers sur lesquels ils exerçaient une justice foncière, mais elle était privée et limitée aux rapports entre le seigneur et ses fivatiers.

Au Moyen Âge, en Labourd, si la Haute Justice était réservée au roi d'Angleterre, représenté par un bailli, la Basse Justice appartenait à une Cour de justice locale composée, peut-on lire dans la Charte des malfaitteurs de 1400, de «deux bons prud'hommes de chaque paroisse, élus, chacun an, par les paroisses dont ils seront, après mandement du bailli»; cette Cour semble être l'ancêtre du Biltzar, assemblée générale des maîtres de

maison de la province. Après l'intégration du Labourd au domaine de la Couronne de France par Charles VII en 1451, le roi constitua autour du bailli un tribunal, établi à Ustaritz, composé d'un officier de justice et d'un procureur du roi, assistés d'auxiliaires. Ce tribunal avait compétence au civil et au pénal pour juger les Labourdins, en première instance. L'appel des sentences était porté devant le tribunal du lieutenant du sénéchal des Lannes, au siège de Bayonne. De là, les justiciables insatisfaits pouvaient saisir le parlement de Bordeaux, cour suprême de justice sauf intervention du Conseil du roi qui avait le pouvoir de cassation au nom du roi, «source de Justice».

Mais, bien que les officiers de justice soient de souche locale, les charges étant héréditaires depuis 1604, les Labourdins n'avaient guère recours à la Justice du roi. En cas de différend entre eux, si une transaction n'était pas possible, chaque partie choisissait un arbitre, voire un tiers arbitre s'ils ne parvenaient pas à un accord, et les protagonistes allaient devant un notaire faire authentifier la décision arbitrale. Les sentences arbitrales abondent dans les archives notariales.

De plus, il semble que le Biltzar, en dépit de la présence de la justice royale à Ustaritz, ait longtemps conservé ses anciennes compétences judiciaires, car Louis XIV étant à Saint Jean de Luz en 1660 pour son mariage avec l'infante d'Espagne Marie-Thérèse, rendit un arrêt du Conseil, le 3 juin 1660, visant à réformer le Biltzar, après une période de violents troubles dans le pays, dans lequel il fit défense «de faire aucuns statuts ou ordonnances portant emprisonnement, bannissement, peine afflictive ou peines pécuniaires ny que lesdits statuts puissent être mis a exécution». Cet arrêt ne laissait au pays que la simple police et le droit de prononcer des amendes ou saisies pour violation de ses règlements. Mais, encore au XVIIIème siècle, certains délits, tel que le vol, faisaient l'objet d'une plainte au Biltzar, qui décidait des mesures à prendre, notamment s'il livrait le délinquant au procureur du roi, ce qui avait lieu lorsqu'il

s'agissait d'un «bohème» ou d'un étranger au pays; les maîtres de maison, eux, sur l'intervention du Blitzar, s'arrangeaient à l'amiable.

En Soule, l'organisation de la Justice était plus complexe en raison de l'implantation de la féodalité et de justices particulières à l'époque médiévale, lors de l'anarchie généralisée dans le royaume. La Soule demeura longtemps indépendante, se plaçant sous la protection, en fonction des circonstances, du roi de Navarre, du vicomte de Béarn ou du roi d'Angleterre, pour, finalement, après moult péripéties, échoir au roi d'Angleterre. Celui-ci remplaça le vicomte de Soule par un capitaine châtelain établi à Mauléon, placé sous l'autorité du sénéchal de Gascogne, qui exerçait toutes les compétences du vicomte, dont la Justice. C'est autour de lui que s'organisa la première juridiction souletine, appelée Cour de Licharre ou Cour du Noyer, car, à l'origine et jusqu'au XVII^e siècle, elle se réunissait sous un noyer dans le bois de Licharre à Mauléon. Présidée par le capitaine châtelain, puis par le gouverneur, et enfin, à partir de 1550, par un lieutenant de robe longue, elle était composée des «honorables gentilshommes juges jugeants en ladite Cour», c'est-à-dire les dix potestats, les principaux seigneurs qui seraient, d'après Eugène Goyeneche les descendants de chefs de clans, et les quelques cinquante gentilshommes «terre tenants», soit les seigneurs féodaux qui possédaient un domaine exploité par des fivatiers. Cette Cour, propre aux Souletins, avait une compétence universelle, au civil et au pénal. Les appels pouvaient être adressés à la Cour du sénéchal des Lannes, puis, au parlement de Bordeaux jusqu'en 1692, ensuite au Parlement de Pau. En 1776, l'antique Cour souletine fut supprimée au nom de l'unification des juridictions françaises; elle fut remplacée par la «châtellenie royale de Soule» qui siégeait à Mauléon.

Les seigneurs «cavers» exerçaient une justice privée sur leurs terres, mais uniquement en ce qui concernait les terres concédées. Ils ne pouvaient ni condamner à mort, ni juger les crimes de sang; ils pouvaient

seulement appréhender les criminels sur leurs terres et les conduire au Haut justicier. Et de nombreuses justices particulières subsistaient, telles que le bailliage de Barcus, le baillage de Mauléon, la justice de Larrau rendue par le prieur sur les habitants du lieu jusqu'à sa suppression en 1748, la justice de Montory fondée par Louis XI et achetée par le vicomte de Tréville, la justice de Trois-villes, rivale de la Cour de Licharre, qui rendait la justice sur quatorze paroisses de Haute Soule. L'étendue des compétences de ces justices étaient assez floue et les conflits de juridiction étaient nombreux.

Généralement les nobles exerçaient leur droit de justice au sein de la Cour de Licharre où ils avaient le privilège d'être assesseurs. Cette Cour jugeait en appel les décisions rendues par les justices inférieures et en première instance les différends entre Souletins qui n'étaient pas du ressort des justices précédentes.

La même complexité se retrouve en Basse Navarre, où de l'ancien royaume de Navarre subsistaient cinq Seigneuries banales dont le titulaire avait le droit de Haute Justice, mais certains au pénal seulement, et où chacun des sept pays et vallées ainsi que les cinq villes avaient leur propre juridiction, tenue par les magistrats municipaux ou jurats, élus par leurs communautés; dans les pays et vallées, les tribunaux étaient tenus par des baillis ou alcaldes, «officiers pourvus par le roi, mais dont les offices tiennent à la constitution», n'ayant pas une formation juridique, ils se faisaient représenter par un lieutenant de robe longue. Les nobles navarrais étaient assesseurs nés dans ces tribunaux; ils étaient alors qualifiés de «juges jugeants»; dans les affaires criminelles, il devait il y en avoir au moins deux. Ces juridictions de première instance étaient compétents au civil et au pénal. Toutefois dans les pays de la châtellenie de Navarre, soit pays de Cize, vallée de Baïgorry, pays d'Ossès et le groupe Irrissarry- Iholdy-Armendaritz, les juridictions n'avaient compétence qu'au civil; pour le criminel, c'était les jurats de Saint Jean Pied de Port qui étaient compétents.

L'appel des sentences des juridictions de première instance était porté devant le tribunal de la Sénéchaussée de Saint Palais, excepté les appels des matières criminelles où il y aurait des condamnations à des peines corporelles, lesquels étaient directement, «*omisso medio*», portés devant le parlement de Navarre, à Pau.

Le parlement de Navarre était une cour souveraine qui jugeait en dernier ressort, sauf recours en cassation auprès du Conseil du roi.

Comme dans les autres provinces basques, surtout dans les pays et vallées, les sentences arbitrales et les transactions sont nombreuses dans les archives notariales. La justice était donc, en Pays basque, demeurée, en partie, populaire, exercée par les maîtres de maison, comme avant l'apparition de la justice royale.

Le droit

Chaque province avait son propre droit issu de coutumes rédigées aux XVIème et XVIIème siècles. Dans le domaine du droit, la Soule et le Labourd se distinguent aussi de la Basse Navarre.

Charles VII, dans l'article 125 de l'ordonnance de Montils les Tours de 1454, ordonna la rédaction officielle de toutes les coutumes du royaume dans le cadre des bailliages ou sénéchaussées. La procédure prévue dénaturant la coutume, par nature populaire, et donnant un rôle trop important au roi et à don parlement, seule la coutume de Bourgogne fut rédigée. Une ordonnance de Charles VIII en 1498, complétée par une ordonnance de Louis XII rectifièrent la procédure, de telle sorte que la rédaction commença dans tout le royaume. La rédaction fut entreprise par ordre du roi. Il a été adressé en 1514 au bailli en Labourd et en 1520 au capitaine châtelain en Soule. Les juristes et patriciens de la province qui étaient censés connaître la bonne coutume préparèrent un avant-projet. Le procès-verbal des délibérations ne nous est pas connu. Le texte étant prêt, le roi en était averti et délégua sur place un magistrat du parlement de Bordeaux pour examiner l'avant-projet et présider l'assemblée de publication.

Pour la Coutume du Labourd, l'assemblée de publication se réunit le 29 octobre 1513, à Bayonne, présidée par le premier président du parlement de Bordeaux, Mondot de Lamarthone, commis par le roi pour, avec l'aide de quelques avocats et autres personnages capables, en présence de l'évêque de Bayonne et une dizaine de nobles, réviser et rédiger le texte coutumier. Suivant la procédure prévue par Charles VIII et Louis XII, chaque article fut lu à haute voix; si l'assemblée était d'accord sur son contenu, l'article était, séance tenante, dit «accordé» et adopté; si, au contraire, l'article était «discordé», il était mis de côté et, à l'occasion d'un procès le concernant, le parlement décidait souverainement après avoir entendu les opposants. Un seul article de la coutume de Labourd fut «discordé» et renvoyé au parlement; il concernait le «different qu'est entre les seigneurs durtubide et de sourhaide d'une part, et les habitans du pays de la Bourt d'autre, sur l'entendement de l'article commençant du iour et feste de Saint Michel, mis au tiltre des terres comunes». Tous les autres furent publiés par le parlement de Bordeaux, en séance solennelle, toutes chambres assemblées, le 10 mai 1514 et enregistré le 9 juin de la même année. Le texte ainsi publié et enregistré devint la loi du pays. Il s'imposait à tous, y compris aux juridictions.

En Soule, les praticiens de la Cour de Licharre préparèrent le projet de texte coutumier. Puis, le roi délégua à Mauléon, un magistrat du parlement de Bordeaux, Jean Dibarrola, commis pour réunir et présider l'assemblée de publication qui eut lieu le 7 octobre 1520. Celle-ci comprenait le vicaire et official de Soule qui représentait le clergé avec les députés de la commanderie d'Ordiarp, du chapitre de Sainte Engrâce et les recteurs d'Alos et d'Espès, une quinzaine de nobles, le syndic de Soule qui était en même temps jurat de Mauléon, un autre jurat de la même ville et trois praticiens ainsi que «plusieurs autres notables personnages». Les représentants des trois ordres étant réunis, les articles du projet furent lus un par un et soumis à l'assemblée. Plusieurs articles furent «discordés»; certains points litigieux ne furent jamais tranchés par le parlement et demeurent tels qu'ils étaient dans la première édition de la coutume, dans celles du XVIII^{ème} siècle.

La Basse Navarre ne faisait pas encore partie du royaume de France. Le droit qui y était appliqué était le *fuero* général de Navarre et les coutumes locales demeurent orales. Ce n'est qu'après l'accession du roi de Navarre, Henri III, au trône de France, alors qu'il était roi de France et de Navarre, qu'il nomma en 1591, à la requête des États de Navarre, une commission de vérification d'un texte qui avait été rédigé par les États entre 1575 et 1591, afin qu'il puisse être authentifié. Cette commission était composée du Seigneur de Sponde et de Logras et de «personnes nommées par les états suppliants et qui ont été déclarées en présence du procureur». Un nouveau texte fut élaboré et une députation nommée par les États du 12 mai 1601, pour le présenter au roi. Le roi, semble-t-il, ne l'accepta pas, car il envoya en Basse Navarre, en mars 1608, une commission pour rédiger un nouveau texte. C'est dans une ambiance conflictuelle entre les États et l'autorité royale, que les États se réunirent à Saint Palais, le 4 juin 1608. Le texte a finalement été rédigé; mais la Chancellerie de Saint Palais y apporta d'importantes modifications. Une commission nommée par le roi fit de nouvelles corrections au for élaboré par les États. Finalement, par des lettres patentes d'avril 1611, Louis XIII, Henri IV étant mort en mai 1610, approuva le texte coutumier et ordonna «que la Coutume rédigée par les Commissaires servirait dorénavant de Loi au royaume de Navarre». Aussitôt la Chancellerie de Saint Palais et les États de Navarre protestèrent, mais, sans tenir compte de ces remontrances, le roi imposa le nouveau for aux Navarrais. L'enregistrement par la Chancellerie de Navarre n'eut lieu, sans les États, qu'en 1622, malgré l'opposition du syndic de Navarre. Mais pour être applicable, il devait être imprimé. Après avoir plusieurs fois admonesté le syndic de Navarre de procéder à l'impression, le parlement de Navarre, par une ordonnance du 12 septembre 1631 enjoignit «très expressément» au syndic des États de Navarre de se charger de la publication sous peine de voir rejetée dans tous les procès toute référence au for. Le syndic dut encore faire traîner les choses car l'impression, en béarnais, ne fut réalisée qu'en juin 1644.

La lenteur de la procédure de rédaction et la présence quasi permanente de commissaires du roi se situent dans une période de transition entre une monarchie tempérée au XVI^{ème} siècle et les prémices de l'absolutisme. La procédure adoptée pour les coutumes de Labourd et de Soule au XVI^{ème} siècle n'est plus la même; le roi, au début du XVII^{ème} siècle, affirma sa présence et sa volonté de restaurer l'autorité royale. Parallèlement, l'amenuisement des pouvoirs locaux est évidente; la composition des États a changé; parmi ses membres, des officiers de judicature devenus propriétaires de leur charge depuis 1604, avaient grossi l'ordre de la noblesse et le tiers était dominé par une riche bourgeoisie. Membres du Haut clergé, noblesse, officiers et riches bourgeois avaient tout intérêt à s'associer au destin du roi. Toujours est-il que le For moderne approuvé en 1611 n'est plus d'émanation populaire et reflète mal le droit navarrais. Mais, il ne semble pas, d'après l'étude par une thésarde des archives notariales de la vallée de Baïgorry du Code civil à 1945, que les habitants des vallées montagnardes et des zones rurales respectaient ce for, dont ils détournaient les règles par des clauses insérés dans leurs contrats, et que, en définitive, les anciennes coutumes, d'origine populaire, étaient toujours en vigueur.

Les milices

Les Basques jouissaient du droit de port d'armes. Dans chaque unité territoriale, ils avaient leur propre milice.

Les milices du Labourd et de la Soule sont très anciennes. Celle du Labourd apparaît dans les textes en 1396. Elle fut créée par les «Prudhommes du Pays de Labourd» encore appelés «bonnes gens des paroisses», à l'imitation des *hermandades* des pays du sud des Pyrénées. Au lieu de se placer sous la protection d'un puissant personnage, les Labourdins se groupaient pour assurer leur propre défense; ils évitèrent ainsi le régime seigneurial. Pour institutionnaliser leur association, ils se donnèrent des statuts, directement inspirés de ceux des *Hermandades* du Sud, qui furent approuvés en 1396 par Jean de Gand, duc d'Aquitaine,

pour une durée de quatre ans, puis confirmés le 23 mars 1400 par le roi d'Angleterre Henri IV Lancastre, pour une durée de vingt ans.

Unis par un serment réciproque, ces «bonnes gens des paroisses», probablement les représentants des paroisses réunis dans une Cour qui semble être l'ancêtre du Biltzar, se jurèrent de s'entraider pour lutter contre «les malfaiteurs, les rebelles, les fauteurs de guerre et les pillards, gentishommes ou non». Leur objectif était donc de contenir les entreprises des seigneurs en Labourd et hors des frontières et d'assurer la police dans leur pays.

Cette association, appelée «*Armandat*» survécut à l'annexion du Labourd par le roi de France, sous le nom de «milice». Elle était composée de mille hommes, soit vingt compagnies de cinquante hommes. Le recrutement se faisait par paroisse, par des engagements volontaires. Les armes et les équipements étaient fournis par chaque paroisse. Les officiers et les sous-officiers étaient nommés par le gouverneur militaire, le duc de Gramont, souverain de Bidache, sur proposition de l'assemblée générale de la province. Le bailli du Labourd était le chef de cette armée locale qui subsista jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Son rôle était d'assurer la paix dans le pays et de défendre la frontière avec l'Espagne.

Il en était de même en Soule, avec cette différence que c'était l'assemblée générale de Soule qui s'occupait de son armement et de son équipement, mais chaque communauté fournissait l'habillement des miliciens. Par ailleurs, en Soule, il y avait aussi des haras à la charge de la province dont l'assemblée générale prévoyait le fourrage pour les chevaux et le salaire des garde-étalons. Il existait un commissaire inspecteur des haras, appointé par le pays.

Les Basques étaient dès lors exemptés de service militaire dans les armées royales. Mais ce privilège ne fut pas respecté à partir de Louis XIV ni par ses successeurs qui réquisitionnaient régulièrement des soldats, principalement des matelots et des charpentiers de navires pour les ateliers royaux de construction navale. Le contingent demandé par le roi était réparti entre les paroisses par l'assemblée générale et, dans chaque

paroisse, à défaut de volontaires, les maîtres de maison assemblés procédaient à un tirage au sort.

Comme en Labourd et en Soule, les milices en Basse Navarre étaient le vestige d'anciennes armées de défense. Étant donné la structure administrative de la province, il y avait plusieurs milices, une par unité territoriale, toutes placées sous le commandement du gouverneur militaire, le duc de Gramont, gouverneur militaire de Bayonne et pays adjacents.

Des sept pays et vallées: quatre, la vallée de Baïgorry, le Pays de Cize, la trilogie Armendaritz-Iholdy-Irissarry et la vallée d'Ossès, étaient rassemblés sous la dénomination de Châtellenie de Saint Jean Pied de Port. Il y avait donc quatre milices en Basse-Navarre.

Celle de la Châtellenie de Saint Jean Pied de Port était l'ancienne armée du royaume de Navarre au temps d'Henri IV qui portait le nom de régiment de Navarre et dont le drapeau portait les armes de l'ancien royaume. Il s'agissait d'une armée de métier. Elle était composée de treize compagnies de cinquante hommes, plus un capitaine, un lieutenant et un sous-lieutenant, soit un effectif de 689 hommes. Le duc de Gramont en était colonel honoraire, mais c'était le Châtelain de Saint Jean Pied de Port qui exerçait le commandement effectif. Mais il ne semble pas, d'après les documents, qu'il se soit bien acquitté de cette mission car, le 31 août 1716, le duc de Gramont dut prendre un règlement pour la discipline de ce corps qui est «fort en désordre».

Le Régiment de Mixe était recruté parmi les diverses paroisses du Pays de Mixe. Il comprenait dix compagnies de cinquante hommes, plus par compagnie un capitaine, un lieutenant et un sous-lieutenant, soit 520 hommes en tout. Le bailli de Mixe en était le colonel par «Brevet à vie de Mr. Le duc de Gramont».

La Compagnie franche d'Arberoue était recrutée parmi les six communautés de ce petit pays; son effectif total était de 120 hommes. L'Alcalde d'Arberoue la commandait et nommait son lieutenant.

La Compagnie franche d'Ostabaret comprenait 106 hommes, plus un capitaine, un capitaine en second, deux lieutenants et deux sous-lieutenants; donc 112 hommes en tout. Le bailli d'Ostabaret la commandait en tant que 1^{er} capitaine par «Brevet à vie de Mr le duc de Gramont».

Les miliciens étaient tirés au sort, au chef-lieu de chaque compagnie, sous la présidence des commandants de chaque corps, chaque paroisse devant fournir un contingent proportionnel à sa population. Les commandants avertissaient quinze jours avant le tirage au sort, les jurats des paroisses afin qu'ils convoquent les célibataires, « tous les jeunes cadets, bâtards et autres depuis l'âge de dix-huit ans jusqu'à quarante ». Les gradés étaient pris de préférence parmi d'anciens officiers des troupes réglées retirés en Navarre ; c'était, le plus souvent, des nobles. Tirés au sort ou ayant fourni un remplaçant, ils devaient servir pendant six ans, sans quitter le pays ; ils étaient tenus d'assister à l'exercice qui avait lieu une ou deux fois par mois, un dimanche ou jour férié, à peine de prison. Les sergents étaient tenus, en outre, d'assister à une séance de perfectionnement tous les quinze jours. Mais, comme l'écrit Alain Destrée, l'auteur d'une thèse sur la Basse Navarre, «l'on peut avoir des doutes quant à l'application exacte de ces mesures...». Les miliciens navarrais pouvaient être convoqués par le roi de France pour servir dans son armée, auquel cas c'était le roi qui fournissait armes et équipement. Sinon c'était les communautés qui subvenaient aux frais, mais elles se remboursaient au moyen d'une retenue sur la solde versée aux miliciens. Ces milices, en temps de paix, assuraient la paix et la sécurité publique dans leur pays ; en temps de guerre, elles servaient à sa défense; mais, d'après leur origine, les milices ne devaient servir que dans leur pays et non en dehors des frontières. Ce privilège ne devait guère être respecté, car les Navarrais, en 1789 suppliaient le roi «de déclarer que par la Constitution du Royaume de Navarre, les Milices dudit Royaume ne peuvent être contraintes d'aller faire aucun service hors d'icelui». Il y eut, en effet, deux tentatives, en 1726 et en 1778, d'intégration des milices navarraises dans les troupes royales, qui se soldèrent par un échec.

La voirie

Les provinces basques avaient aussi la charge de la construction et de l'entretien des routes et des ponts.

En Labourd, nous voyons, dans les registres du Biltzar, le Syndic général du pays exhorter régulièrement, à chaque séance, les représentants des paroisses de veiller au bon entretien des routes et des chemins, cette compétence des habitants étant menacée par l'intendant. Profitant des requêtes des négociants bayonnais qui se plaignaient du mauvais état des routes du Labourd que les marchands navarrais devaient emprunter pour atteindre le port de Bayonne, l'intendant Dupré de Saint Maur intervint auprès de Necker, Contrôleur Général des Finances de Louis XVI, pour que la voirie du Labourd soit confiée à l'administration des Ponts et Chaussées, ce qu'il obtint par l'arrêt du Conseil du 7 octobre 1778. Mais cette décision resta lettre morte. «Elle n'a pas eu son exécution... M. le Subdélégué et notre prédécesseur l'ont fait suspendre par des représentations que nous avons renouvelées », déclarait le syndic lors de la séance du Biltzar du 18 Juillet 1783. Et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, le syndic continua à procéder par adjudications pour la construction des routes et des ponts, à passer des marchés avec des entrepreneurs locaux et à exhorter les paroisses, à chaque réunion du Biltzar, d'entretenir leurs chemins, afin de ne pas perdre ce privilège « que toutes les autres provinces nous envient ».

En Soule, la réparation et la construction des chemins, des routes et des ponts étaient de la compétence de la Cour d'Ordre qui était l'assemblée générale du pays, du moins jusqu'à sa suppression en 1730.

La décentralisation étant l'une des caractéristiques de l'organisation de la Basse Navarre, les États de Basse Navarre partageaient cette attribution avec les Pays et Vallées et les villes.

Les traités internationaux

En Labourd, le Biltzar, sans aucune intervention des États français ou espagnol, débattait des traités «de bonne correspondance» qui étaient

conclus avec les Basques des autres provinces côtières, le Guipuzcoa et la Biscaye, pour déterminer l'usage de la mer, les relations commerciales et la répartition des eaux de pêche, que les deux royaumes soient en guerre ou pas.

Dans les trois provinces, les paroisses en Labourd, le pays de Soule et les pays ou vallées en Basse Navarre passaient des conventions appelées «faceries» avec les paroisses ou les vallées voisines de la Navarre espagnole, pour l'usage des pâturages de montagne, sans se soucier d'une frontière entre les deux Royaumes, en temps de guerre comme de paix, indépendamment d'une quelconque intervention du Pouvoir central. On trouve de telles conventions depuis le Moyen Âge et jusqu'à nos jours, mais depuis le XVII^{ème} siècle, il y en eut de moins en moins et il n'en subsiste que quelques vestiges à l'heure actuelle. Ils pouvaient même régler non seulement les limites administratives intérieures de leur pays, mais encore les frontières de ce pays avec l'étranger. Lorsque, de 1853 à 1868, les 602 bornes de la frontière franco-espagnole furent posées, elles suivirent les limites traditionnelles tracées par les usages séculaires.

Cette autonomie administrative, défendue avec plus ou moins de force et d'efficacité selon les provinces, était une exception dans le royaume de France qui allait à l'encontre de la politique centralisatrice et unificatrice de la monarchie. Aussi le roi et ses agents s'efforcèrent-ils de normaliser ces provinces rebelles. Le monarque français, s'il tolérait autant que possible les particularismes légitimes, ne tolérait pas une forme fédérative de l'État.

II. LES RELATIONS AVEC LE GOUVERNEMENT CENTRAL

Les relations les plus constantes et inévitables étaient en matière financière, tous les sujets du royaume étant assujettis à l'impôt. Le régime fiscal des trois provinces subit inévitablement l'intervention de l'État.

L'autonomie financière

Les trois provinces basques avaient leur propre budget qu'elles géraient elles-mêmes, en dehors de toute intervention étatique. Elles jouissaient du privilège de payer les impôts royaux sous forme d'une somme globale forfaitaire versée annuellement au Trésor royal, qu'elles répartissaient ensuite librement dans le pays et prélevaient par leur propre administration.

Le Labourd et la Soule se distinguaient de la Basse-Navarre. Au point de vue fiscal, le Labourd et la Soule étaient des pays abonnés, alors que la Basse-Navarre était un pays d'états.

Le système fiscal de la monarchie française était fort complexe: les premières provinces annexées au domaine de la Couronne de France y étaient totalement intégrées et payaient les impôts royaux, perçus par des fonctionnaires, appelés «élus» parce que créés par les états généraux de 1355 pour prélever les subsides accordés au roi, devenus par la suite des officiers royaux dès la fin du XIV^{ème}; il s'agit des pays d'élection.

Mais les provinces tardivement annexées au domaine de la Couronne de France avaient conservé leurs institutions, dont la Cour seigneuriale qui, à l'image de la *Curia regis* s'était élargie par la présence de représentants du tiers-état, devenant des États particuliers ou États provinciaux, composés des gens des trois états ou ordres: Clergé, Noblesse et Tiers-état, censés représenter la population de leur province; il s'agit des pays dits d'états.

La Basse-Navarre était un pays d'états, alors que le Labourd et la Soule jusqu'en 1730 avaient un statut particulier qui faisait exception à cette organisation de droit commun, celui de pays abonnés.

Le Labourd et la Soule:

Comme l'écrivait le député du commerce de Bayonne, Boyetet, à l'intendant en 1784: «*Le régime actuel du Labourd ne ressemble à aucun autre...*». Le Labourd et la Soule, dans la mouvance du roi d'Angleterre depuis

1154 et conquises par le roi de France Charles VII en 1451, n'appartenait pas au royaume de France lors de la création en 1439 du premier impôt direct royal, la taille, et des impôts indirects, les aides, les traites et la gabelle; c'est pourquoi ces deux provinces n'étaient pas assujetties à ces impôts. Mais lorsque Louis XIV, pour mener sa politique de prestige, créa des impôts nouveaux: la capitation, les dixièmes remplacés par la suite par les vingtièmes, et de nombreux impôts indirects, les Labourdins et les Souletins y furent soumis comme tous les sujets du royaume. Dès lors, ils obtinrent le privilège d'être abonnés à ces impôts. Ils payaient annuellement chaque impôt, au Trésor royal, sous forme d'une somme forfaitaire, fixée par le gouvernement pour un certain nombre d'années renouvelable; le montant de chaque abonnement était sans cesse, à chaque renouvellement du bail, augmenté. La somme globale de tous les impôts était ensuite répartie dans chaque province par l'assemblée générale des maîtres de maison, Biltzar en Labourd et Cour d'Ordre en Soule jusqu'en 1730, en deux rôles, l'un nominal pour la noblesse, l'autre par paroisse selon le nombre de maisons de chacune d'elles, sur la base d'un cadastre.

Dans chaque paroisse, voire hameau ou quartier, les maîtres de maison, à l'exclusion des nobles et des clercs, se réunissaient le dimanche à la sortie de la grand messe dans une petite salle située en Labourd au-dessus du porche de l'église ou sous le porche en Soule, pour décider, à la majorité des voix, chaque maison ayant une voix, des affaires concernant la communauté, chaque maison ayant une voix quelle que fut son importance. Ils désignaient entre eux, par quartier, les «cotisateurs» chargés de répartir entre les maisons en fonction de leur patrimoine foncier, la quote-part d'impôts royaux incombant à la paroisse à laquelle s'ajoutaient les impôts locaux. Ils désignaient aussi les «collecteurs», appelés «fermanes vézalières» en Soule, pour les percevoir. Pour exercer cette charge ingrate, ils étaient généralement pris à tour de rôle parmi les maîtres de maison. L'impôt pour les maisons était unique et foncier. Les sommes récoltées étaient remises au syndic général du pays, en même temps trésorier général, qui les remettait à l'intendant.

Ces deux provinces avaient leurs propres services publics et pouvaient créer des impôts. Les impôts locaux s'ajoutaient aux impôts royaux pour leur répartition et leur perception.

Ne pouvant parvenir à normaliser ces deux provinces rebelles, le roi procéda d'une manière insidieuse, en augmentant sans cesse le montant de l'abonnement à chaque impôt, en dépit de leurs revendications. Au terme de chaque période d'abonnement, il fallait envoyer à Paris ou à Versailles une délégation onéreuse pour plaider la cause du pays. Mais le fisc royal était impitoyable.

De plus, les agents de la Ferme générale ne respectaient pas les privilèges de ces provinces et multipliaient les abus et exactions, ce dont se plaignaient amèrement le Tiers-état dans leur cahier de doléances pour les États généraux de 1789.

La Basse Navarre:

Ayant définitivement perdu la Haute Navarre, après son invasion en 1512, les Souverains de Navarreils s'établirent, avec leur cour, dans la *merindad de ultra puertos*, la seule qui n'avait pas été occupée. Henri II d'Albret, à l'instar du roi de France et de celui d'Espagne, élargit son conseil par la représentation des villes et créa en 1523, à l'image des *Cortes* de Pampelune, des États généraux du royaume de Navarre, composés des représentants des trois ordres ou *brazos* du royaume: Clergé, Noblesse et Tiers état. Ils étaient conformes aux États provinciaux qui avaient subsisté en France, soigneusement contrôlés par le roi de France et ses agents, surtout après 1620, date de l'annexion de la Basse Navarre au royaume de France.

Comme eux, leurs attributions étaient essentiellement d'ordre financier. Étant jusqu'au XVII^{ème} siècle, un royaume indépendant, il n'était pas assujéti aux charges fiscales qui pesaient sur les sujets du roi de France et avait conservé le droit primitif des États généraux, de consentir les subsides accordés au roi, sous forme d'une *donation*, encore appe-

lée «*don gratuit*», pléonasme qui exprime l'autonomie des pays d'États, qui avait leurs propres services publics. Les règlements des États déclaraient, en 1620, que «la Navarre est un País libre et franc qui n'est pas sujet aux tailles, mais donne tous les ans volontairement certaine somme d'argent au Roi, l'une année plus, et l'autre année moins...». En fait, bien que volontaire dans son principe, la donation était régulièrement accordée, sauf en 1788 et 1789 où elle fut refusée.

Son montant n'était pas fixé dans la lettre de convocation. Le commissaire du roi se contentait de faire connaître à l'assemblée le désir du roi qu'elle fasse la donation «la plus forte qu'il sera possible». Comme l'écrivait l'intendant d'Aine en 1772, les Navarrais regardaient ces impositions «*non comme des contributions forcées, mais comme des engagements d'honneur et solidaires*». Les États évitaient de faire des donations fixes afin qu'elles ne passent pas en coutume et qu'il ne fût porté atteinte à leur liberté de fixer la donation faite au roi. Les principes étant saufs, les États acceptaient les exigences de la solidarité nationale.

À cette somme vint s'ajouter, à partir de 1643, une contribution pour la subsistance des troupes, puis, à partir de 1695, les nouveaux impôts directs et indirects créés par Louis XIV et ses successeurs, que, les Pays d'états, bien que n'ayant pas été consultés, furent bien obligés d'accepter. Mais ils obtinrent le privilège de les payer sous forme d'un abonnement, de même sans cesse en augmentation, à tel point qu'en 1788, ils refusèrent de payer les augmentations. Il leur était aussi souvent demandé des sacrifices pécuniaires pour des «affaires extraordinaires». Aussi, les États, dans sa session de 1788, déclarèrent que «nul impôt ne pourrait être établi ni augmenté en Navarre sans le consentement et acceptation préalable des États de ce Royaume qui seuls ont un caractère légal pour déléguer sur les impôts et en consentir l'acceptation».

Enfin, s'ajoutait aux impôts royaux une contribution aux dépenses de la généralité, circonscription de l'intendant, et les impôts locaux créés par les États, notamment un impôt direct unique appelée taille qui pesait

sur les seuls roturiers, pour faire face aux frais de son administration, mais ils étaient contrôlés par l'intendant afin qu'ils ne nuisent pas au fisc royal.

Le total des dépenses ainsi définies déterminait le montant des impositions à lever dans le pays. Cet état, dressé par des commissaires du tiers-état et obligatoirement signé par l'intendant, était remis au trésorier général en vue de son recouvrement. La somme globale était partagée par le trésorier du pays en dix districts, la quote-part de chacun d'eux étant répartie entre les paroisses. Dans chaque paroisse, des *cotisateurs*, choisis à tour de rôle parmi les contribuables, répartissaient la somme due entre les divers feux selon l'importance de leur propriété foncière. L'impôt était unique et foncier pour les contribuables. La Basse Navarre jouissait donc d'une réelle autonomie financière, mais étroitement surveillée par le gouvernement, surtout après les édits financiers de 1772.

Mais les États de Navarre, de création relativement récente, n'étaient guère représentatifs de la population locale. Les sept pays et vallées qui le composaient avaient conservé leur organisation ancestrale, semblable à celle du pays de Labourd et du pays de Soule avant 1730 avec des assemblées paroissiales et une Cour générale par pays ou vallée, analogue à celles des vallées voisines du versant sud des Pyrénées. Elles excluaient les clercs et les nobles, si les nobles y participaient c'était sans prépondérance, en tant que simples maîtres de maison. Les délégués des maîtres de maison des paroisses étaient munis d'un mandat impératif et la réunion de la Cour générale se déroulait, comme le Biltzar et le Silviet, en deux sessions espacées d'une semaine. C'est elle qui fixait la quote-part de chaque paroisse, calculée par le Trésorier de la province d'après des règles variables selon les Pays et Vallées et généralement assez compliquées, et qui désignait parmi les maîtres de maison les *cotisateurs* et les *collecteurs*.

Les cinq villes: Saint Jean Pied de Port, Saint Palais, Garris, Labastide Clairence et Larceveau avaient leur propre assemblée générale et un exécutif élu: maire et jurats. Les cotisateurs, généralement les jurats assistés de députés, procédaient à la répartition individuelle de la somme fixée

par le Trésorier. Les collecteurs étaient choisis à tour de rôle parmi les contribuables de la paroisse.

Comme dans les autres provinces d'Iparralde, le roi intervint pour tenter de normaliser des institutions estimées «vieilles». Par un arrêt du Conseil du 28 janvier 1775, il modifia l'organisation traditionnelle, introduisant les nobles et les représentants des villes dans les Cours générales. Mais cet arrêt souleva de telles protestations que son exécution fut suspendue. Un nouvel arrêt du 23 mars 1782 le confirma mais il ne fut que très partiellement appliqué.

En dépit des tracasseries administratives et des prétentions royales, l'autonomie de la Basse Navarre, à la veille de la Révolution était encore grande.

Les interventions royales

Le statut de la Basse Navarre, pays d'États comme il en subsistait encore plusieurs à la veille de la Révolution, faisait partie de l'organisation administrative de la monarchie. Il était donc toléré par le roi, d'autant plus qu'il était étroitement surveillé par l'intendant, dont le subdélégué établi en Navarre lui fournissait régulièrement des rapports détaillés sur sa circonscription que l'intendant adressait au Contrôleur général des Finances.

«Intendant de justice, police et finances», il intervenait dans tous les domaines, sauf les milices qui relevaient de l'autorité du gouverneur. Titulaire de tous les pouvoirs, y compris de la justice retenue du roi, et son serviteur zélé, il ne manquait aucune occasion pour intervenir. Ainsi, à la suite d'un arrêt du Conseil du 28 septembre 1683 qui réunit au domaine de la Couronne la saline d'Aincille qui était jusque là propriété des habitants, ce qui provoqua une émeute, à Saint Jean Pied de Port en 1685, l'intendant jugea les coupables: deux furent pendus sur le lieu même de la sédition et deux autres envoyés aux galères.

C'est surtout en matière financière qu'il intervenait. L'intendant exerçait un contrôle sur la répartition des impôts directs auxquels les États

avaient obtenu l'abonnement ; les rôles devaient être visés par lui. Quant aux impôts indirects perçus par les Fermiers, il avait la connaissance des contestations auxquelles ils pouvaient donner lieu. Il exerçait aussi la tutelle sur les finances des villes et des communautés.

En tant qu'intendant de «police» au sens large d'administration générale, il s'occupait des routes, des mines, des haras, du commerce... ; bref, il était partout, ce qui heurtait les Navarrais, jaloux de leurs prérogatives. Comme le dit en 1787 un mémoire de l'administration, «toutes les fois qu'on a voulu porter atteinte aux privilèges auxquels les habitants sont fort attachés, il est résulté des troubles toujours dangereux à cause du caractère national qui est chaud comme le climat et du voisinage des Pyrénées qui favorise les émigrations à l'étranger». Aussi, l'intendant se montrait-il très prudent dans ses interventions.

Par ailleurs, les règlements des États, concernant l'administration au sens large du pays, voire d'éventuelles modifications apportées au For, devaient être approuvés par l'intendant et n'étaient exécutoires qu'après leur enregistrement au parlement de Navarre siégeant à Pau depuis 1624. Or, la Cour de Pau engagea contre le pouvoir réglementaire des États une lutte qui attint son paroxysme en 1743. Le roi, lassé des continues plaintes des États, leur enleva, par l'arrêt du Conseil du 21 décembre 1748, le droit de faire «aucunes loix, statuts ny règlements», ne leur laissant que la possibilité d'insérer dans leur cahier des griefs, qui accompagnait la donation au roi, sur lesquels il aurait personnellement, en son Conseil, à statuer. Désormais, les règlements des États n'avaient de caractère obligatoire qu'après avoir été approuvés par un arrêt du Conseil du roi.

Les États, non seulement, étaient contrôlés par un commissaire du roi, mais ils avaient perdu jusqu'à leur pouvoir réglementaire.

Ainsi, à la veille de la Révolution, la Basse Navarre ne pouvait se prétendre un Royaume à part entière. Elle conservait cependant, une certaine autonomie, surtout si on la compare aux autres pays d'états, qui

avaient perdu la plupart de leurs attributions et ne subsistaient plus que comme des rouages de l'administration financière du royaume.

Il en fut de même en Soule. Si elle avait pu conserver une autonomie administrative, malgré la présence d'une «gruerie», juridiction spéciale des eaux et forêts à Mauléon, d'un subdélégué de l'intendant qui contrôlait le pays et envoyait des rapports à son supérieur, elle perdit peu à peu, au dernier siècle de l'Ancien Régime, ses traditionnelles institutions.

Arguant de la lenteur de la procédure de convocation du Silviet, dû au caractère impératif des mandats des députés, donc de la lenteur des décisions prises, la noblesse parvint à obtenir du syndic général du pays, Armand de Hégoburu, de requérir du roi la réforme de la Cour d'Ordre. Par lettres patentes du 28 juin 1730, le Silviet, la séculaire assemblée démocratique souletine, fut supprimé et remplacé par des Etats, composés des trois ordres du royaume; le nombre des députés du tiers fut réduit à treize et munis d'un mandat représentatif, ce qui excluait toute participation populaire. Malgré l'opposition des Souletins, trois arrêts du Conseil du roi consacrèrent l'échec de leur résistance. L'arrêt du 7 février 1733 menaçait les «degans et députés» d'être traités «à peine de désobéissance comme rebelles». Et dans l'arrêt suivant du 20 mai, le roi «fait très expresses inhibitions et deffenses et sous peine de prison même de plus grande syl y eschet auxdits degans et députés et à tous les habitants du pays de Soule d'en passer de pareille comme aussi de faire aucunes assemblées, députations... sans permission par écrit du sieur Intendant de la province».

Cet arrêt mit pratiquement fin à l'autonomie de la Soule qui survécut néanmoins jusqu'à la Révolution, comme pays d'états où la noblesse prenait les décisions et comme un organisme fantôme, sans véritable pouvoir, entièrement soumis à l'autorité royale.

Seul le Labourd parvint à conserver toutes ses prérogatives. Le Biltzar refusa tout projet de réforme tendant à le normaliser, à tel point que l'intendant Dupré de Saint Maur écrivait au Directeur général des Finances, le 4 juin 1780: «Je ne vous proposerai pas de rien changer à cette admi-

nistration... , ce petit peuple suit pour ainsi dire obstinément ses anciens usages... ; on publierait inutilement des règlements nouveaux qui contrariaient les mœurs des Basques et les traditions de leurs pères».

D'ailleurs, la lecture des procès-verbaux du Biltzar nous apprend que si une ordonnance royale allait à l'encontre de leurs privilèges, les Labourdins ne l'appliquaient pas.

Par ailleurs, l'intendant ne put jamais pénétrer dans cette assemblée et c'est avec peine qu'il put dénicher, en 1776, grâce à l'évêque de Bayonne, un subdélégué pour le Labourd, le Sieur Chegaray, qui occupa ce poste jusqu'à la Révolution. Mais sa présence au Biltzar demeura indésirable; il n'assista à aucune séance demeura très discret.

Aussi dans leur cahier de doléances pour les États généraux de 1789, les membres du Tiers se déclaraient, dans l'article 47, satisfaits de leur régime: «les habitants du Tiers-état du Labourt demanderont qu'on leur conserve leur constitution particulière... Ils se trouvent assez bien de ce régime ; ils craindraient d'en changer». Ils se plaignaient toutefois de la lourdeur des impositions royales qui les écrasaient et des exactions des employés de la Ferme générale, qui n'hésitaient pas à violer leurs privilèges.

Ajoutons, avant de terminer, que tout un mouvement doctrinal contre le centralisme qui passait par une régénérescence des provinces se fit jour, à la fin de l'Ancien Régime, avec les physiocrates, dont Turgot, Dupont de Nemours, le marquis de Mirabeau, et des auteurs, tels que Fénelon et Montesquieu qui louaient l'indépendance des pays d'états et leur nature de corps intermédiaires naturels. Or, la crise financière qui avait marqué les derniers siècles du règne de Louis XIV avait montré que la situation générale des pays d'états était meilleure que celle des pays d'élection. Aussi, le marquis de Mirabeau, dit l'Ami de l'homme, avait de bonne heure préconisé l'établissement d'assemblées provinciales dans tout le royaume. Son projet avait été repris par Dupont de Nemours en 1775 et mis en œuvre en 1778 par le directeur général des finances, Necker, qui engagea une politique de décentralisation. Mais cette expérience

échoua à cause de l'opposition du parlement de Paris et des intendants, farouches défenseurs de la centralisation administrative. Sous Louis XVI, le successeur de Necker à la Direction générale des Finances, Calonne reprit le projet de son prédécesseur et conçut le projet d'une administration décentralisée ; il créa en 1778 une Assemblée provinciale dans Berry, puis en 1779 en Dauphiné et en Boulonnais; mais, en 1781, quand il fut question d'en créer d'autres, le parlement de Paris manifesta son opposition et il fut contraint de quitter le gouvernement avant d'avoir pu pousser plus avant son expérience. Son successeur Loménie de Brienne poursuivit son œuvre, instituant en mai 1787 une vaste réforme fiscale. Des assemblées provinciales furent installées dans tout le royaume et commencèrent à fonctionner. Mais l'opposition fit encore avorter le projet. Cet échec fut lourd de conséquences puisqu'il provoqua la convocation des États généraux de 1789 et la Révolution. Cependant le bilan de la réforme administrative de 1787 est largement positif; elle révéla une heureuse collaboration des gouvernés avec le gouvernement qui respecta en eux la voix de la province. Mais cette réforme était trop tardive et vint, le 8 août de l'année suivante, la convocation des États généraux qui, devenus Assemblée nationale constituante, réalisèrent brutalement la politique d'unification des rois de France depuis Louis XI, allant même jusqu'à détruire les provinces pour les remplacer par des départements de la Nation française, une et indivisible. Toutefois, son souvenir ne fut pas sans influencer le mouvement fédéraliste de 1792. Mais les Girondins passèrent, avec le projet de réforme administrative, à la guillotine, et la France, avec les Montagnards, fut pour longtemps Jacobine. Elle l'est encore, en dépit de quelques timides tentatives de décentralisation!

Transparent Europe? The Council of Europe Convention on Access to Official Documents

ADRIENNE KOMANOVICS
LLM, PhD. Pécs University

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/04/14

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2010/05/17

Abstract: The Council of Europe Convention on Access to Official Documents (2009) is the first binding international legal instrument to recognise a general right of access to documents. While there are several positive aspects, such as the broad definition of the material scope, the generously stipulated group of beneficiaries, as well as the list of exemptions, the Convention nevertheless displays several shortcomings. The Convention fails to include a clear guarantee of the right of access to documents and the presumption of openness. The narrow definition of “public authorities”, the failure to set clear time frames, as well as the absence of limits on State reservations seriously undermine the effectiveness of the right to information. The argument of this paper is that much more progressive provisions could have been adopted, arguably without the risk of limited participation in the Convention.

Key words: Access to official documents, Council of Europe, transparency, harm test, overriding public interest test.

Resumen: El Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Oficiales (2009) es el primer instrumento legal internacional vinculante que reconoce un derecho general de acceso a documentos. Aunque hay algunos aspectos positivos, tales como la amplia definición del alcance material, el grupo de beneficiarios generosamente estipulado, así como la lista de exenciones, el Convenio muestra, sin embargo, varios defectos. El Convenio no incluye una clara garantía del derecho de acceso a documentos y la presunción de franqueza. La escueta definición de “autori-

dades públicas”, la omisión del establecimiento de unos marcos temporales claros, así como la ausencia de límites sobre las reservas del Estado, socavan gravemente la eficacia del derecho a la información. Este artículo sostiene que se podrían haber adoptado unas disposiciones mucho más progresivas, razonablemente sin el riesgo de una participación limitada en el Convenio.

Palabras clave: Acceso a documentos oficiales, Consejo de Europa, transparencia, prueba del perjuicio, prueba del interés público dominante.

Laburpena: Europako Kontseiluak Agiri Ofizialak Eskuratzeari buruzko Hitzarmena onetsi du (2009). Nazioarteko lege-agerkaien artean horixe da aurrenekoa, agiriak eskuratzeko eskubide orokorra aitortzen duena; eta loteslea ere bada. Hitzarmenak alde onak ditu, besteak beste, esparru materialari buruzko definizio zabala, onuradunen taldea zehazteko eskuzabaltasuna edota salbuespenen zerrenda. Nolanahi ere, hitzarmenak baditu zenbait akats. Alde batetik, hitzarmenak ez ditu argi bermatzen, dela agiriak eskuratzeko eskubidea bera, dela gardentasunari buruzko presuntzioa. Eta, beste alde batetik, “agintari publikoak” nor diren definitzean urri eta motz geratzen da, ez du argi ezartzen denbora-tarterik, eta, gainera, estatuak egindako erreserbei ez die mugarik jartzen. Horiek guztiek nabariro murrizten dute informazio-eskubidearen eragingarritasuna. Azterlan honen egileak adierazten du xedapenak aurrerakoiagoak izan zitezkeela, eta horrek, ziur asko, ez lukeela mugatuko hitzarmenean parte hartzea.

Gako-hitzak: Agiri ofizialak eskuratzea, Europako Kontseilua, gardentasuna, kaltea frogatzea, interes publiko nabaria frogatzea.

SUMMARY:

1. INTRODUCTION. 2. SUBSTANTIVE PROVISIONS. 3. PROCEDURAL PROVISIONS. 3.1. Access on request. 3.2. Complementary measures: proactive information. 4. IMPLEMENTATION, MONITORING SYSTEM. 5. FINAL CLAUSES OF THE CONVENTION. 6. CONCLUSIONS.

“... it must be borne in mind that there is little value in having a perfect system which is so demanding that states are either unable or unwilling to sign up to the convention, either at all or only after a long time period needed to put all the necessary measures into place. But at the same time, there is no point in introducing a system that falls short in significant ways so that the right of access available to the public is unsatisfactory.”¹

1. INTRODUCTION

Twelve European countries, including Hungary, signed the Convention on Access to Official Documents in Tromsø, Norway on 18 June 2009.² Unfortunately, the first binding international treaty to lay down such a general right of access has significant flaws. The Convention fails to lay down a general statement on the right to information, the treaty applies only to a narrow range of public bodies, there are no mandatory time limits for answering requests, review bodies are not

¹ Explanatory Memorandum by Mr Klaas de Vries, rapporteur. In: Parliamentary Assembly: Draft Council of Europe Convention on Access to Official Documents. Report. Doc. 11698, 12 September 2008 (hereinafter PACE Explanatory Memorandum), para. 5.

² Council of Europe Convention on Access to Official Documents (CETS No.: 205), Tromsø, 18 June 2009. See: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulez.asp?NT=205&CM=8&DF=05/01/2010&CL=ENG>. Explanatory Report: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/205.htm> (15.03.2010).

given the power to order disclosure of a requested official document; contracting parties are allowed to enter wide-ranging reservations when ratifying the Convention, thereby undermining the right of access.³ The world's first treaty on access to information is unimpressive; it provides weaker guarantees than many other EU or national instruments.

The objective of this paper is to give a detailed analysis of the provisions of the Convention. At the time of writing (May 2010) only three States, Norway, Hungary and Sweden expressed its consent to be bound by the Convention⁴ thus it has not yet entered into force. Consequently, at the moment it is not possible to elaborate on its application in practice.

Even though the Council of Europe Convention is the first binding international legal instrument which recognises the right to information, it is not unprecedented. The most ambitious venture in the area of "environmental democracy" so far undertaken under the auspices of the United Nations Economic Commission for Europe has culminated in the adoption of the 1998 Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters.⁵ When compared to the Council of Europe Convention, it is evident that the Aarhus Convention is partly broader, partly more restricted in scope. More restricted in the sense that it covers only environmental information, but broader in that it deals with other aspects of participatory rights and not limited to access to information. The so-called first pillar of the Aarhus Convention regulates access of

³ Draft Opinion of the Parliamentary Assembly. In: Parliamentary Assembly: Draft Council of Europe Convention on Access to Official Documents. Report. Doc. 11698, 12 September 2008 (hereinafter: PACE Draft Opinion), paras. 3-8.

⁴ See. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=205&CM=8&DF=29/10/2009&CL=ENG> (15.05.2010).

⁵ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, Aarhus, 25 June 1998. See: <http://www.unece.org/env/pp/welcome.html> (15.05.2010).

information, the second pillar sets out minimum requirements for public participation in various categories of environmental decision-making, while the third pillar aims to provide access to justice in environmental matters.⁶

Work has been undertaken in the European Union as well. The most important instruments are Directive 2003/4 on public access to environmental information⁷ imposing obligations on Member States regarding environmental information held by national public authorities, Regulation 1049/2001 guaranteeing the transparency of documents of three institutions of the Union (Council, Parliament, Commission),⁸ and Regulation 1367/2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies.⁹ Finally, the right of access was also expressed in several political instruments elaborated under the auspices of the Council of Europe.¹⁰

⁶ See further (15.05.2010).

⁷ Directive 2003/4 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC. *Official Journal 2003 L 41/26*.

⁸ Regulation 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents. *Official Journal 2006 L 145/43*.

⁹ Regulation of the European Parliament and of the Council 1367/2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies. *Official Journal 2006 L 264/13*.

¹⁰ Declaration of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the freedom of expression and information adopted on 29 April 1982; Recommendation No. R (81) 19 on the access to information held by public authorities; Recommendation No. R (91) 10 on the communication to third parties of personal data held by public bodies; Recommendation No. R (97) 18 concerning the protection of personal data collected and processed for statistical purposes; Recommendation No. R (2000) 13 on a European policy on access to archives; Rec (2002) 2 on access to official documents.

The key element of any access regime is effectiveness. To give maximum effect to the right of access, the exemptions must be carefully circumscribed and narrowly applied, requests should be promptly responded, States should not be allowed to invoke exemptions too readily, guarantees must be introduced against making access too expensive or burdensome.¹¹

In the following chapters, analysis of the substantive (Chapter 2) and procedural provisions (Chapter 3) of the Convention is followed by the review of the monitoring mechanism (Chapter 4) and the final provisions (Chapter 5) of the Convention. By way of conclusion (Chapter 6) the argument of this paper is that drafters made too much concession for the sake of wide participation in the Convention.

2. SUBSTANTIVE PROVISIONS

There is no actual *statement of the right of access* in either the Preamble or the text of the articles. The Convention begins with the stipulation that the Convention is without prejudice to stricter domestic laws and international treaties,¹² followed by definitions.¹³ The presumption of openness appears only in the Preamble, according to which all official documents are in principle public and can be withheld subject only to the protection of other rights and legitimate interests. It would be more convincing and would show more commitment to the objectives of the Convention to begin with a statement of the right of access in the very first article of the binding provisions, followed by the presumption of transparency.¹⁴

¹¹ PACE Explanatory Memorandum, para. 4.

¹² Article 1 para. (1).

¹³ Article 1 para. (2).

¹⁴ PACE Explanatory Memorandum, para. 18.

In the actual text, this right is established in Article 2 para. (1) which provides that each contracting party shall guarantee the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by public authorities. This formulation reflects the specific characteristic of the implementation, i.e. that the Convention does not provide for a complaint procedure for those whose rights have been violated.

Briefly returning to Article 1 para. (1): the wording of this article, as explained in the Explanatory Report, makes it clear that the Convention identifies a minimum core of basic provisions. The Convention serves as a starting point for an effective right of access, and encourages Parties to maintain or introduce domestic provisions that allow a more extensive right of access. It is argued that this compromise solution was chosen to attract the greatest number possible of Council of Europe member States. The implementation of more extensive rights, argues the Explanatory Report, would present difficulties to many countries and thus would hinder the accession of many Council of Europe member States.¹⁵ The result, however, is rather unsatisfactory. The final text of the Convention imposes no further obligation on States with progressive access regime but regrettably the same holds truth with regard to less transparent countries. Hopefully, amendments to the Convention provide a means to strengthen the Convention rules and thereby guaranteeing effective access rights.

As mentioned above, Article 2 para. (1) provides that Contracting Parties shall guarantee the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by authorities. The right of access applies to both natural and legal persons. Though the major *beneficiaries* in practice are journalists, anyone can

¹⁵ Explanatory Report, (iv) point.

make use of his/her Convention rights.¹⁶ Article 4 para. (1) lays down that *the applicant shall not be obliged to give reasons* for his request. The whole idea behind freedom of information rules is that anyone can have access to documents of public interest. Thus the applicant does not need to show a specific interest, nor is he required to give reasons for the request. Consequently, a person who is denied access by a public authority to a document has, by virtue of that very fact, established an interest in the annulment of the decision refusing him such access. Requestors are free to use the information for any lawful purpose, including disseminating the information or publishing it.¹⁷

It is not easy to link the prohibition of discrimination with the right to information. By way of example, the Explanatory Report mentions discrimination based on nationality, thus even foreigners living outside the territory of a Party to the Convention (!) can exercise this right.¹⁸

While the rules relating to beneficiaries are very generous, this cannot be said as regards *the scope of application* of the Convention. First of all, the term 'public authorities' covers administrative authorities at national, regional and local level (e.g. central government, town councils and other municipal bodies, the police, public health and education authorities), legislative and judicial bodies as well as natural and legal persons.¹⁹ However, the Convention makes a distinction between the functions of these organs and persons, and only documents connected to certain activities come automatically under the scope of the Convention.

Thus it should be welcomed that all functions of the government and other administrative authorities are covered by the Convention.

¹⁶ Explanatory Report, paras. 17-18.

¹⁷ Explanatory Report, para. 19.

¹⁸ Explanatory Report, para. 18.

¹⁹ Article 1 para. (2)a)i).

However, the term “public authorities” includes only the administrative functions of legislative and judicial authorities and of natural and legal persons. The problem is the actual scope of the term “administrative” function, whether and how it can be separated from other activities of these bodies. In case of natural and legal persons the limitation set out by the Convention is that their documents is within the *ratione materiae* of the Convention only in so far as they exercise administrative authority.

By means of a separate declaration, Contracting Parties may extend the scope of the Convention to other activities of the above-mentioned bodies (so-called *opt-in* technique). Thus, the Convention potentially covers all other activities of legislative and judicial bodies, and the public functions and public funding aspects of the operation of natural and legal persons.²⁰ However, there is no common definition of these notions and examples differ from one country to the other.²¹ Another difficulty in connection with this “opt-in” technique is that traditional services, such as utilities, healthcare, the provision of security and even prison services, are being increasingly outsourced to the private sector, and thus being removed from public scrutiny. This solution allows some public bodies to continue operating in the shadows.

The possibility for Parties to make a declaration, opting in to a broader concept of the term “public authorities” is better than not including those bodies or persons at all but it falls short of ensuring their inclusion. Also, it is fair to allow State Parties a definite extra period of time to include these other functions, or do it incrementally. However, the exemptions listed in Article 3 provide sufficient safeguards to Parties even if they subscribe to the expanded definition of the term “public authorities”.²² It is welcomed that the Hungarian government accepted

²⁰ Article 1 para. (2)a)ii).

²¹ Explanatory Report, para. 10.

²² PACE Explanatory Memorandum paras. 21-22.

the broadest concept of the term at the time of the signature of the Convention.²³ Norway and Sweden, the other two contracting parties, made no such declaration.

The definition of “official document” is very progressive in the Convention: it includes all information recorded in any form, drawn up or received and held by public authorities. An information-based regime requires authorities to provide access to existing documents as well as to search for documents if the applicant can not actually identify the document he wishes to receive or if it is not easily accessible and, if necessary, to extract and compile information from various documents if the requested information has not already been compiled. Regrettably, para. 14 of the Explanatory Report stipulates that the Convention does not oblige Parties to create new documents upon requests for information. This interpretation is, however, clearly inconsistent with the wording of the Convention.

The notion of “official documents” covers any information that is recorded on any sort of physical medium such as written texts, information recorded on a sound or audiovisual tape, photographs, e-mails, information stored in electronic format such as electronic databases, etc.²⁴ In the case of information stored electronically in databases, Parties

²³ *Declaration handed over by the Minister for Justice and Law Enforcement of Hungary to the Deputy Secretary General of the Council of Europe at the time of signature of the instrument, on 18 June 2009.*

In accordance with Article 1, paragraph 2, subparagraph a.ii, of the Convention, the Republic of Hungary informs the Secretary General of the Council of Europe that, for the Republic of Hungary, the definition of “public authorities” includes the following:

- legislative bodies as regards their other activities;
- judicial authorities as regards their other activities;
- natural or legal persons insofar as they perform public functions or operate with public funds, according to national law.

²⁴ Explanatory Report, para. 11.

have a margin of discretion in defining this notion.²⁵ When processing requests for documents containing *personal data*, State authorities must pay due regard to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data.²⁶

The limitations to access to official documents permitted by the Convention fall into the following three groups.²⁷

Exemptions to protect State interests	<ul style="list-style-type: none"> • national security, defence and international relations • public safety • the economic, monetary and exchange rate policies of the State
Protection aimed at ensuring effective government	<ul style="list-style-type: none"> • the deliberations within or between public authorities concerning the examination of a matter • the prevention, investigation and prosecution of criminal activities • disciplinary investigations • inspection, control and supervision by public authorities
Exemptions designed to protect private interests, human rights and other rights	<ul style="list-style-type: none"> • privacy and other legitimate private interests • commercial and other economic interests • environment • the equality of parties in court proceedings and the effective administration of justice

In some States the Reigning Family and its Household or the Head of State enjoy a special constitutional position. The last limitation, which is not mentioned in the box above, aims at maintaining respect for this unique status. The Contracting parties may declare (another opt-in technique) that communication with the Reigning Family or the Head of State shall also be included among the possible limitations.²⁸

²⁵ Explanatory Report, para. 12.

²⁶ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 1981 (CETS No. 108).

²⁷ Article 3, para. (1). See also: (15.05.2010).

²⁸ See the declaration of Norway. Declaration contained in the instrument of approval deposited on 11 September 2009.

The list of limitations in Article 3, para. (1) is exhaustive, but it does not prevent national legislation from reducing the number of reasons for limitation or formulating the limitations more narrowly, thus granting wider access to official documents.²⁹

The Explanatory Report emphasizes that the notion of *national security* should be used with restraint, and should not be misused in order to protect information relating to human rights violation, corruption within public authorities, administrative errors, or information which is simply embarrassing for public officials or public authorities. Disclosure of documents concerning security systems of building and communications might be restricted for *public safety* reasons. The *inspection and supervision* exemption includes tax inspections, school and university examinations, labour inspections, or inspections by social services and environmental authorities. Limitations set up to protect *private life* cover criminal records or medical files. Examples of information that may be covered by *commercial and other economic interests* include trade secrets, production procedures, trade strategies or lists of clients. The possible limitation under the *environment* exemption includes the location of threatened animals or plant species. The *court proceedings* exemption applies before domestic as well as international courts of law. Documents that are not created in contemplation of court proceedings as such cannot be refused under this limitation. The Explanatory Report emphasizes that “even if the aim of the Convention is to encourage public participation in decision-making, the purpose of this limitation is to preserve the quality of the decision-making process by allowing a certain free ‘space to think’”.³⁰

As regards *the scope of limitations*, any limitation of access to official documents must be specifically prescribed by law, be necessary in a democratic society and be proportionate to the aim of protecting other legiti-

²⁹ Explanatory Report, para. 22.

³⁰ Explanatory Report, paras. 23-34.

mate rights and interests. This follows the formulation and the three-limb test laid down in several provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.³¹

Furthermore, the exemptions are subject to the following tests: firstly, access can only be denied if disclosure of the information might harm any of the interests mentioned above (the so-called harm test) and, secondly, the authority has to balance the harm caused by granting access against the public interest justifying disclosure.³²

As to *the harm test*, the mere fact that a document concerns an interest protected by an exemption cannot justify application of that exemption. Thus the applicability of limitations must be assessed on the basis of the actual information contained in the document. The public authority has to show that disclosure of the information would harm any of the public or private interests.³³ Unfortunately the threshold is low: access can be denied not only if it *would* undermine the stated interests, i.e. the risk of a protected interest being undermined must be reasonably foreseeable, but also if it *would be likely* to harm these interests, thus when the risk is purely hypothetical.

The time dimension is crucial: it can easily occur that after a certain period of time disclosure of information no longer harms any interests. Thus the exceptions laid down in paras. 1 to 3 shall only apply for the period during which protection is justified on the basis of the content of the document. This again highlights the importance of the requirement that decisions be based on the content of the document, and not on the label of the file.³⁴

³¹ See e.g. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 1950 (CETS No.:005) Articles 8, 9, 10 and 11.

³² Article (3) para. (2).

³³ Explanatory Report, para. 37.

³⁴ Article 3 para. (3).

Even if disclosure was found to be harmful to certain interests, access must be granted if there is an *overriding public interest* in disclosure. Public authorities have to balance the general interest of transparency against the interest protected by the exception. This interest must be “public”, i.e. general in character (e.g. to disclose corruption or abuse of power) and must be something more severe than the “normal” public interest in disclosure of information. Access must be granted if transparency is necessary for the realization of the objectives listed in the Preamble to the Convention. Unfortunately, neither the Convention nor the Explanatory Report gives any guidance as to the meaning and scope of the notion of “overriding public interest”.

The harm test and the overriding public interest test may be carried out for each individual case or by the legislature by e.g. providing in legislation for requirements for carrying out the tests. According to the Explanatory Report, these rules can take a form of a presumption for or against the release of the document, or an unconditional exemption for extremely sensitive information, even though such absolute exceptions should be kept to a minimum.³⁵ Here the text of the Report is at variance with the provisions of the Convention which makes the application of the harm and overriding public interest tests obligatory in the case of each and every application. Absolute restrictions are not permitted under the Convention. In any case, total ban on the release of sensitive information is unnecessary since such documents are generally caught by one of the interests listed in Article 3, e.g. national security, defence, international relations or crime fighting activities.

As far as *the timeframe of the exemptions* is concerned, the Convention contains only a “soft” formula: the Parties shall *consider* setting time limits beyond which the limitations would no longer apply.³⁶ Thus the

³¹ ³⁵ Explanatory Report, para. 38.

³⁶ Article 3 para. (3).

Contracting Parties are not obliged to determine the lifetime of the exceptions but they are obliged to consider this possibility. This provision is a double-edge sword: it has the potential to limit the right of access inasmuch as it starts from the premise that the document is not accessible before a specific period of time has passed. However, this interpretation cannot be accepted since the decision on disclosure must exclusively be based on the content of the document, tested against the harm and overriding public interest requirement. The Contracting Parties cannot set by legislation a time period during which documents cannot be released.

On the other hand, the rule can be interpreted in a different manner: indicating an event after which exceptions would not apply prevents abuse by the public authorities: they cannot deny access even many years after the adoption of the requested document. Undoubtedly, disclosure cannot harm any protected interest after so many years have passed. It is acceptable to provide for a time period after which documents must be released, as long as this is without prejudice to the possibility to apply for documents before that date.³⁷

3. PROCEDURAL PROVISIONS

3.1. Access on request

The procedural requirements relating to the form and content of the request are kept to a minimum. Applicants may remain anonymous except when disclosure of identity is essential in order to process the request. Applicants shall not be obliged to give reasons for having access to the official document.³⁸

³⁷ See a similar reasoning at (15.05.2010), p. 3.

³⁸ Article 4.

The request can be addressed to *any public authority holding the document*. As it is clear from the definition of the document, the authority is obliged to deal with requests for *third-party documents* held by public authorities as well.³⁹ If the public authority does not hold the requested official document or if it is not authorised to process that request, it shall, wherever possible, refer the application or the applicant to the competent public authority.⁴⁰ The latter formulation is, however, contrary to Article 1 para. (2)b) providing that the term *official document* includes all information drawn up or *received and held* by public authorities. Nowhere does Article 1 require preliminary authorization of the author of the document in order to process a request for access. In our view, the correct interpretation is that no preliminary permission is necessary.

The Convention requires the public authorities to *help* the applicant, as far as reasonably possible. Although the applicant is not obliged to have actually identified the requested document, the request should be formulated with sufficient clarity to enable a trained public officer to identify the requested document.⁴¹ Proactive dissemination of information contributes to the accurate formulation of requests as well as reduces the number of applications. In an open society, public authorities are expected to make available to the public generally information on how they operate, to set up public registers of documents, to provide manuals or on-line guides to the systems they employ and to facilitate direct and easy access to official documents. It is desirable that public authorities appoint freedom of information officers to assist members of the public. Training of both public authorities and of civil society is crucial to the successful implementation and use of any freedom of infor-

³⁹ Article 1 para. (2)b).

⁴⁰ Article 5 para. (2).

⁴¹ Article 5 para. (1), and Explanatory Report, paras. 44-46.

mation scheme. Against this background, it is rather unfortunate that the Convention does not provide for the public registers of documents.

The general obligation to assist includes that the public authority shall, wherever possible, refer the application or the applicant to the competent public authority.⁴²

The Convention does not set out exact *time limits*, it only provides that requests shall be dealt with promptly, and the decision shall be reached as soon as possible. Clearly, Contracting Parties must be guaranteed a certain leeway to set time limits because a short timeframe might be too onerous for some States or some public authorities that receive a high number of requests. Access rights would be rendered ineffective if public authorities were not able to process them within the set time, thus leading to backlogs. Nonetheless, it would have been a better solution to set a relatively long time limit, e.g. 30 days, unless special circumstances justify extension.⁴³

The apparent lack of time limits is all the more interesting when compared with the relevant provisions of the Aarhus Convention, drawn up under the *aegis* of the United Nations Economic Commission for Europe. When drafting the Aarhus Convention, States were prepared to accept a relatively strict time limit. Article 4 para. (7) provides that “[t]he refusal shall be made as soon as possible and at the latest within one month, unless the complexity of the information justifies an extension of this period up to two months after the request.” Having this in mind, it is incomprehensible that the present Convention does not contain more exact time limits which are flexible enough, but limits the discretion of the public authority.

⁴² Article 5 para. (2), second phrase.

⁴³ Article 5 para. (4); PACE Explanatory Memorandum, paras. 34-35.

The course of action the public authority may take is set out partly in Article 6 specifying the forms of access to official documents, partly in Article 8 on review procedure. There are *four options*, which are the following.

The public authority provides access to the document. This is the most optimal outcome of any request.

The public authority denies access to the document. Three grounds are specified by the Convention and the Explanatory Report.⁴⁴

The public authority may deny access if the request is too *vague*, or if the request is *manifestly unreasonable*. The formulation of the latter ground for refusal is similar to one of the admissibility criteria stipulated by the European Convention on Human Rights, which provides that the Court shall declare inadmissible any individual application which is manifestly ill-founded.⁴⁵ Under this rule the Convention organ investigates whether there is a *prima facie* evidence of a violation of the Convention, thus the determination of the question whether the application is admissible depends upon an examination on the merits. To put it differently, the rule inevitably involves transgressions of the borderline between the formal and material law of the Convention.

Turning back to the 2009 Convention, the Explanatory Report lists practical, formal difficulties, e.g. the request requires a disproportionate amount of searching or examination.⁴⁶ In our view, the introduction of this possibility grants too wide discretion to public authorities. Furthermore, providing more direct access to a greater scope of infor-

⁴⁴ On the *substantive* grounds for refusal see Chapter 2 (exemptions).

⁴⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 1950 (CETS No.:005), Article 35. para. (3).

⁴⁶ Explanatory Report, para. 52.

mation would significantly reduce the burden on the administration to deal with individual requests. Similarly, the setting up of public registers containing up-to-date, easily accessible and transparent information, the development of user-friendly search engines, and more information published on a proactive basis would limit the workload of public authorities. Undoubtedly, these measures have considerable financial implications but they seem indispensable to the realization of transparency. The interest of good administration does not prevail over the public interest in openness.

Quite disturbingly, the Explanatory Report mentions a third ground for refusal in addition to those listed in the Convention, namely that *clearly vexatious requests*, such as repeated requests for the same document within a very short space of time by the same applicant may be rejected.⁴⁷

Failure to reply within the time limit. Thirdly, if the public authority does not respond within the time frame determined by national law, this constitutes implicit denial. It should be emphasized, that the Convention does not explicitly mention administrative silence, but it is covered by Article 8 para. (1) which guarantees the right to appeal in case of “implied” denial of access to a document.⁴⁸

Providing partial access. Finally, if a limitation applies to some of the information in an official document, the public authority should nevertheless grant access to the remainder of the information it contains.⁴⁹ Nevertheless, access may be denied if the partial version of the document is *misleading* or *meaningless*; or if the release of the remainder of the document poses a manifestly unreasonable burden for the authority.

⁴⁷ Explanatory Report, para. 52.

⁴⁸ Article 8 para. (1): “An applicant whose request for an official document has been denied, expressly or impliedly, ... shall have access to a review procedure ...”

⁴⁹ Article 6 para. (2).

Unfortunately, the notion of *meaningless* is very subjective. The public authority is clearly not in a position to deem the information meaningless. It is ignorant of the motivations of the applicant or the purpose for which the information is sought. Even though the Explanatory Report points out that the possibility of refusing information on this ground must be interpreted in a restrictive way and having regard to the applicant, in our opinion the right to access to official documents can not be made dependent upon its presumed usefulness to the applicant.⁵⁰

As far as the “manifestly unreasonable burden” limitation is concerned, we would like to recall the suggestion made above, namely that the problem of voluminous or excessive requests should be dealt with through communication between the public authorities and the applicant, with the strengthening of proactive information and the streamlining of the administrative process, and not by the blanket refusal of more complex applications. Access to documents should not be seen as a battle between applicants and the authorities

In case of partial access, the decision should clearly indicate where and how much information has been deleted. Whenever possible, the limitation justifying each deletion should also be pointed out in the decision.⁵¹ Finally, when a public authority refuses access to a document, it should indicate in the decision the possibilities of appealing.⁵²

A public authority refusing access is required to *give reasons for the refusal*. It has to state the legal basis for refusal by reference to the relevant exception as well as an explanation of how this exception apply.⁵³ The authority has to indicate which limitation applies as well as show

⁵⁰ Explanatory Report, para. 59. See also PACE Explanatory Memorandum, para. 39.

⁵¹ Explanatory Report, para. 57.

⁵² Explanatory Report, para. 67.

⁵³ Article 5 para. (6). Explanatory Report, para. 53.

that the limitation is necessary in a democratic society and proportionate to the aim pursued. The decision has to indicate how the harm test as well as the overriding public interest test apply.

In a transparent legal order the obligation to give reasons is not a purely formal requirement. The mere fact that a document concerns an interest protected by an exemption cannot justify application of that limitation. Firstly, the authority has to assess whether access to the document would specifically and actually undermine the protected interest, and that there is no overriding public interest in disclosure. It is required to carry out a concrete, individual assessment of the content of the documents. Secondly, this examination must be apparent from the decision, and the decision must indicate the reasons for refusal in clear, unambiguous wording.

The duty to give reasons for individual decisions has the dual purpose of, first, allowing interested parties to know the reasons justifying the measure so as to enable them to protect their rights and, secondly, to enable the review bodies to exercise their power to review the legality of the decision.

According to the second sentence of Article 5 para. (6), the applicant has the right to receive on request a written decision. Seemingly, the authority as a general rule is not obliged to give a written statement of reasons. It must do so only when the applicant specifically so requests, which obviously constitutes a very low standard. However, keeping in mind that the Convention contains only minimum core rules, hopefully Contracting Parties will lay down, or already have, stricter national rules.

Forms and charges of access to official documents. It is for the applicant to indicate which type of access he prefers, the public authority should accommodate such preferences whenever possible.⁵⁴

⁵⁴ Articles 6 and 7; Explanatory Report, paras. 54-63.

- Inspection of official documents on the premises of a public authority shall be free of charge, except for if the documents are in archives or museums, in this case charges for services can be requested. The public authorities should enable as far as possible consultation of a document by providing reasonable opening hours and physical facilities. It may also be justified in refusing direct access to the original version document if it is physically fragile or in poor condition.
- On request, the public authority is obliged to send a copy of the document in the form determined by the applicant (e.g. by post or electronically). A fee may be charged to the applicant for a copy of the official document, which should be reasonable and not exceed the actual costs of reproduction and delivery of the document. For providing transparency tariffs of charges shall be published.
- Access might be granted by referring the applicant to easily accessible alternative sources, e.g. where the document is published on the internet. This again highlights the outstanding significance of proactive information which reduces the workload of public authorities. In any case, the question whether a document is “easily accessible” must be assessed on a case-by-case basis, having regard to e.g. whether the applicant has access to internet. This “easily accessible” condition also encompasses affordability: it may not be in accordance with the Convention for example, to refer somebody to purchase an expensive publication.

The Explanatory Report adds that as a good practice in many countries, where the applicant who received the document is unable of obtaining a basic understanding of its content, the public authorities are invited to help him or her with comprehension.⁵⁵

⁵⁵ Explanatory Report, para. 56.

Review procedure. According to Article 8, an applicant whose request has been denied shall have access to a review procedure before a court or another independent and impartial body (e.g. ombudsman or conciliation committee) established by law. The use of the term “or” implies that the Convention does not make the judicial remedy obligatory; non-judicial review is sufficient. The fact that the decision of these non-judicial bodies is not binding on the public authorities deprives the system of access of effective and meaningful remedies. Even though most national systems provide for non-judicial dispute settlement, it should be left to the applicant to decide which course of action he takes – whether it be an expeditious and inexpensive procedure with a non-binding outcome or a time-consuming and more costly litigation before the courts, which is, however, binding on all public authorities.

Unfortunately, it is not clear from the text of the Convention whether the court or other body can review the substance as well as the process of reaching the decision, or just the latter. According to para. 64 of the Explanatory Report, the review body must be able, either itself to overturn decisions taken by public authorities or to request the public authority in question to reconsider its position.⁵⁶ Thus it might be assumed that the power of review bodies extends to the reconsideration of the merits of the decision, all the more since this is the interpretation which is the most in line with the Convention objectives, including the fostering of accountability of public authorities.

The Convention provides for an expeditious and inexpensive review procedure, which is similar to certain national systems where an internal review procedure is a compulsory intermediary step before a court of appeal or other independent complaints procedure.⁵⁷

⁵⁶ PACE Explanatory Memorandum, para. 43.

⁵⁷ Explanatory Report, para. 66.

The Convention does not specify whether the powers of the review body include the power to order the disclosure of the document, or it is limited to either uphold or annul the contested decision. The ambiguous formulation of Article 8 falls short of providing for a meaningful and effective domestic remedy for the right of access.

The Explanatory Report envisages the possibility of legal and disciplinary actions against public authorities that have committed serious breach of their obligations under the Convention (e.g. intentionally destroying the document in order to prevent access or review).⁵⁸ Regrettably, nowhere does this provision appear in the Convention. Finally, no specific protection is afforded to *whistleblowers*, to those who reveal abuses, against reprisals.

3.2. Complementary measures: proactive information

Article 9 of the Convention lists several *complementary measures*, which stipulate that the Parties shall inform the public about its right of access to official documents and how that right may be exercised. Furthermore, Parties shall also take appropriate measures to guarantee efficient administration. Thus, States must educate public authorities in their duties and obligations, provide information on how they operate, like data on their structures, staff, budget, activities, rules, policies, decisions, etc., manage their documents efficiently so that they are easily accessible, and apply clear and established rules for the preservation and destruction of their documents.

Proactive measures. At their own initiative and where appropriate, the public authorities shall take the necessary measures to make public offi-

⁵⁸ Explanatory Report, para. 64. Although the Report contains a rather cautious formulation: "... the possibility of other legal and disciplinary actions against public authorities which have committed a serious breach of their obligations under the present Convention must not be excluded."

cial documents which they hold in the interest of promoting the transparency and efficiency of public administration and to encourage informed participation by the public in matters of general interest. According to the Explanatory Report, dissemination of information must be done on a regular basis, including the use of new information technologies (e.g. web pages accessible to the public) and public libraries, in order to ensure easy and widespread access.⁵⁹ In our opinion, the Convention ought to oblige the Parties to establish public registers.

4. IMPLEMENTATION, MONITORING SYSTEM

As regards *implementation*, Article 2 provides that each Party shall take measures to give effect to the Convention at the latest at the time of entry into force of the Convention in respect of that Party. Implementation presumably involves multilevel regulation: Parties must adopt general legislation or amend existing legislation, if necessary, in order to give effect to the Convention provisions. Often, legislation is complemented by specific implementing rules. Thirdly, internal rules of procedure relating to the processing of requests or providing for proactive information, as well as the training of public officers on access to official documents might also prove indispensable.⁶⁰

The Convention creates two monitoring bodies. The *Group of Specialists on Access to Official Documents* is an expert body, while the *Consultation of the Parties* is a political one. These bodies shall be assisted by the Secretariat of the Council of Europe in carrying out their functions.

⁵⁹ Article 9; Explanatory Report, paras. 71-73.

⁶⁰ Explanatory Report, para. 20.

*Group of Specialists.*⁶¹ This body is composed of independent, impartial and highly qualified experts and its main function is the consideration of periodic reports submitted by the Contracting Parties. How this reporting system will actually function is not known at the moment. However, the Council of Europe has gathered enough experience; the mechanism will probably follow *mutatis mutandis* the technique elaborated in respect of other Council of Europe Conventions.⁶² Apart from this, the Group of Specialists can express opinions, make proposals, exchange information and report on significant developments. It makes proposals for the amendment of the Convention, and formulates its opinion on any proposal submitted by others.⁶³

The Group of Specialists consists of a minimum of 10 and a maximum of 15 members. As regards the appointment of members, each Contracting Party proposes two experts, but a maximum of one member may be elected from the list proposed by each Party. The members are elected by the Consultation of the Parties for a period of four years, renewable once. Candidates do not have to be nationals of the State by which they are nominated.⁶⁴ The Group of Specialists shall meet at least once a year. Its members shall not receive and accept any instructions from governments.

*Consultation of the Parties.*⁶⁵ This political body is composed of one representative per Party. It shall be convened within one year after the

⁶¹ Article 11.

⁶² See e.g. Articles 15-17 of the European Charter for Regional or Minority Languages, 1992, CETS No.: 148.

⁶³ According to Article 19, amendments of the Convention may be proposed by any Party, the Committee of Ministers, the Group of Specialists or the Consultation of the Parties.

⁶⁴ The procedural rules shall be determined by the Committee of Ministers after consulting with and obtain the unanimous consent of all Parties. Article 11 para. (5).

⁶⁵ Article 12.

entry into force of the Convention in order to elect the members of the Group of Specialists. Subsequently, it meets at least once every four years. Besides ordinary sessions, it can be convened by the majority of the Parties, the Committee of Ministers or the Secretary General of the Council of Europe. The functions of the Consultation of the Parties include the consideration of the reports, opinions and proposals of the Group of Specialists. The Consultation of the Parties makes proposals and recommendations to the Parties, makes proposals for the amendment of the Convention or formulates its opinion on any proposal for the amendment of the Convention.

The Convention contains provisions establishing a *reporting system* which aims at ensuring effective implementation. Within a period of one year following the entry into force of the Convention in respect of a Contracting Party, the latter shall transmit to the Group of Specialists a report containing full information on the legislative and other measures taken to give effect to the provisions of this Convention. Thereafter, each Party shall transmit to the Group of Specialists before each meeting of the Consultation of the Parties an update of this information, which implies periodic reports every fourth year. Each Party shall also transmit to the Group of Specialists any information that it requests. Reports are examined by the Group of Specialists and it can make opinions and proposals.⁶⁶

Lack of right to complain. Unfortunately, the Convention does not provide for individual petitions. Thus, those whose freedom of information has been violated have no direct access to the Convention bodies. On the positive side, all documents relating to the monitoring shall be made public and easily accessible through the website of the Council of Europe.⁶⁷

⁶⁶ Article 14.

⁶⁷ Article 15.

5. FINAL CLAUSES OF THE CONVENTION

The final clauses are essentially based on the Model Final Clauses for Conventions and Agreements concluded within the Council of Europe (1980). The Convention is open for all Member States of the Council of Europe. It enters into force after the tenth ratification, which is quite reasonable. After that, any State which is not member of the Council of Europe or any international organisation may be invited to accede to the Convention. Other provisions relate to the territorial application, amendments, denunciation, authentic languages of the Convention as well as State declarations.⁶⁸

The question of *reservations* is disturbing in as much as the Convention fails to place limits on the reservations that States may make to the Convention's provisions – highly unusual for a Council of Europe human rights treaty. Thus, the general rules of the Vienna Convention on the Law of Treaties apply. According to Article 19 of the Vienna Convention “[a] State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless Ö the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty.”

Considering that the Convention sets out minimum standards, allowing entry of reservations is undoubtedly incompatible with the object and purpose of the Convention. Lack of clear-cut rules will allow States to narrow even further the scope of the Convention to “unacceptable and unpredictable levels”.⁶⁹

⁶⁸ Articles 16-22.

⁶⁹ Recommended Drafting Solutions to Seven Key Problems in the Draft European Convention on Access to Official Documents. Briefing Note, 3 March 2008, p. 8. At (15.05.2010).

6. CONCLUSIONS

The present Convention is the first binding international legal instrument to recognise a general right of access to documents. The material scope of the Convention is defined broadly: “official document” means all information recorded in any form, drawn up or received and held by public authorities. The definition of beneficiaries is similarly generous: anyone can make use of his/her Convention rights without the need to show a specific interest or give reasons. As regards the exemptions, the list of protected interests in Article 3 is reasonable and exhaustive; their application is restricted by the harm test and the overriding public interest test. The Convention provides for a review procedure. Last, but not least, charges should be reasonable and kept to a necessary minimum.

However, much more progressive provisions could have been adopted arguably without the risk of limited participation in the Convention. As regards *the drafting process*, civil society organizations keeping abreast of the drafting were deeply concerned that the text of the treaty had been drafted over a period of just 1.5 years and meetings of the drafting group during this period had totalled only 14.5 days. Only a small number of civil society organizations were able to participate in these meetings, their contributions were not fully considered on their merits, and there was no attempt to engage in wider consultation with civil society. This is particularly problematic given that the main purpose of the Convention is to strengthen participatory democracy.⁷⁰

Regarding *the actual provisions*, the Convention fails to include a clear guarantee of the right of access to documents and the presumption of

⁷⁰ Access Info Europe, Article 19, Open Society Justice Initiative: Letter urging the Council of Europe to give further time to reconsider the draft Convention on Access to Official Documents in light of heavy criticism from the Parliamentary Assembly of the Council of Europe. 10 November 2008. (15.05.2010).

openness. The exclusion of several functions of the legislature and the judiciary from the scope of the Convention runs counter to the principle of transparency. Likewise, the Convention does not cover official documents held by private bodies that exercise public functions or operate with public funds.

Furthermore, the Convention fails to set clear time frames. Notwithstanding the fact that the useful life of information is very short, States were not prepared to accept clearly defined time limits for the processing of requests. Although the Convention provides for a review procedure, the powers of review bodies are vaguely defined. The Convention is silent on whether the review body can order disclosure of the document.

The monitoring system of the convention is quite soft, the Convention fails to provide for the right to complain to the Convention bodies. Similarly, the Convention fails to place limits on the reservations which seriously undermines the effective enjoyment of the right to information.

Despite the positive intentions to introduce the “modern” right of access to information, the efforts resulted in a rather modest outcome. Real guarantees yielded to the objective of wide participation. In fact, much depends on the actual State practice after the entry into force of the Convention.

La démocratie basque

MAÏTÉ LAFOURCADE

Professeur émérite de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/04/14

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2010/05/17

Résumé: L'organisation du peuple basque était antérieure à la division de la société en ordres. Par ailleurs, il ne connaissait que le régime naturel de la propriété indivise; chaque maison appartenait à la famille qu'elle abritait ; elle était représentée dans les réunions par son maître. Les maîtres de maison se réunissaient dans chaque paroisse le dimanche, à l'issue de la maison pour délibérer et prendre les décisions concernant la communauté paroissiale ; ils désignaient des mandataires à l'assemblée générale du pays: Biltzar en Labourd, Silviet en Soule et Cour générale dans les pays et vallées composant la Basse-Navarre; munis d'un mandat impératif, ils écoutaient les propositions qui leur étaient soumises et revenaient dans leurs paroisses respectives, où les maîtres de maison votaient sur chacune d'elles; la réponse obtenue à la majorité des voix était ramenée à une seconde session de l'Assemblée générale. Le pouvoir appartenait aux maîtres de maison. Le régime politique basque était une démocratie directe à base familiale. Mais la monarchie française, unificatrice et centralisatrice, porta atteinte à cette organisation traditionnelle. Seul, le Labourd la conserva jusqu'à la Révolution.

Mots clés: Démocratie directe, maison, communauté, mandat impératif

Resumen: La organización del pueblo vasco era anterior a la división de la sociedad en órdenes. Por otra parte, no conocía más que el régimen natural de la propiedad indivisa; cada casa pertenecía a la familia que la ocupaba; estaba representada en las reuniones por el cabeza de familia. Los cabezas de familia se reunían en cada parroquia el domingo, a la salida de la iglesia para deliberar y tomar las decisiones concernientes a la comunidad parroquial; designaban mandatarios para la asamblea general del país: Biltzar en Lapurdi, Silviet en Zuberoa y Corte general en el país y valles que compo-

nían la Nafarroa Beherea (Baja Navarra); provistos de un mandato imperativo, escuchaban las propuestas que se les presentaban y retornaban a sus respectivas parroquias donde los cabezas de familia votaban respecto a cada una de ellas; la respuesta obtenida por mayoría de votos era sometida a una segunda sesión de la Asamblea general. El poder residía en los cabezas de familia. El régimen político vasco era una democracia directa de base familiar. Pero la monarquía francesa, unificadora y centralizadora, atentó contra esta organización tradicional. Sólo Lapurdi la conservó hasta la Revolución.

Palabras clave: Democracia directa, casa, comunidad, mandato imperativo.

Laburpena: Euskal Herriaren antolakuntza, izatez, gizartea mailaz maila zatitu baino lehenagokoa da. Bestalde, euskal herri horretan, jabetza indibisoaren araubidea zen berezkoa eta hori besterik ez zen ezagutzen. Araubide horretan, etxea zein familiak okupatu eta horrexena zen; bileretan, familiaburua zen familia bakoitzaren ordezkaria. Izan ere, igandero, familiaburuek bilera egiten zuten parrokiaren atarian, behin elizkizuna bukatuta, parrokiako erkidegoari zegozkion arazoak eztabaidatu eta erabakitzen; bilera horietan, orobat, herrialdeko biltzar nagusirako mandatariak izendatzen zituzten. Biltzar horren izenak honetara ematen ziren: Biltzar, Lapurdin; Silviet, Zuberoan; eta gorte nagusia, Nafarroa Beherea osatzen zuten herri eta haranetan. Mandatari horiek manuzko agindua jasotzen zuten, eurei aurkeztutako proposamenak entzuten zituzten eta euren parrokiatarantz itzultzen ziren. Behin parrokiatan bilduta, familiaburuek botoak ematen zituzten proposamen horien guztien gainean. Erantzunek botoen gehiengoa lortzen zutenean, erantzun horiekin bigarren bilera egiten zen biltzar nagusian. Boterea, beraz, familiaburuen esku zegoen. Are gehiago, Euskal Herriko erregimen politikoa zuzeneko demokrazia zen, demokrazia horren oinarria familia bera zela. Zernahi gisaz, Frantziako monarkia bateratzaile eta zentralizatzaileak eraso egin zion antolakuntza tradizional horri. Lapurdik bakarrik iraun zuen bere horretan, Iraultza gertatu arte.

Gako-hitzak: Zuzeneko demokrazia, etxea, erkidegoa, manuzko agindua.

Abstract: The organisation of the Basque people predated that of the division of society into orders (classes). Furthermore, the natural system of joint undivided property was only known, each house belonged to the family than occupied it; it was represented at meetings by the head of the family (or owner of the family estate). The heads of family gathered on Sunday in each parish, after mass to deliberate and make

decisions concerning the parish community, appointed authorised representatives for the general assembly of the state: Biltzar in Labourd, Silviet in Soule and general courts in the states and valleys that made up Nafarroa Behehera (Lower Navarre); holders of binding mandates, listened to the proposals that were submitted and returned to their respective parishes where the family heads voted with respect to each proposal; the response obtained by the majority vote was subjected to a second session in the General Assembly. The power resided in the family heads. The Basque political system was a family-based direct democracy. However, the French monarchy, unifying and centralising, in itself, obstructed this traditional organisation. Only Labourd retained this organisation until the Revolution.

Key words: Direct democracy, house, community, binding mandate.

SOMMAIRE:

I. LES ASSEMBLÉES PAROISSIALES. a. Organisation. b. Attributions. II. LES ASSEMBLÉES PROVINCIALES. a. Le Biltzar du Pays de Labourd. b. La Cour d'ordre de Soule. III. LES ÉTATS DE BASSE NAVARRE.

Né dans la nuit des temps, le peule basque s'est auto-organisé, en fonction de ses besoins. Dans un pays montagneux, son économie était essentiellement pastorale sur de vastes terres dont ils jouissaient dans l'indivision. La jouissance collective des terres communes, le partage des terres avec les vallées avoisinantes, l'organisation de la transhumance nécessitaient des relations entre bergers. Ils durent aussi édifier des enceintes fortifiées pour se protéger contre d'éventuels assaillants; il en existe de nombreux vestiges dans les montagnes basques. Une cohabitation pacifique avec les autres bergers comme la construction de ces ouvrages fortifiés nécessitaient une organisation sociale.

Les pasteurs d'une même unité géographique se réunissaient pour discuter au sujet de problèmes rencontrés et prendre les décisions nécessaires. Ces assemblées portaient le nom de «*batzarrak*». Les Basques se caractérisant par leur fidélité à la tradition et la permanence de leurs institutions, il est probable qu'elles soient à l'origine de leur organisation politique.

Lorsqu'ils se fixèrent dans des maisons et se mirent à cultiver leurs terres, les habitants d'une même communauté continuèrent probablement à se réunir périodiquement pour décider ensemble de leurs affaires communes, non seulement pour choisir les règles les plus pertinentes à la meilleure exploitation des terres communes, mais aussi pour régler tous les problèmes qui se posaient à leur communauté. De telles assemblées existent encore de nos jours dans les vallées navarraises de Roncal et du Baztán. Les coutumes rédigées au XVIème siècle attestent de la réalité de cet usage. Les articles 4 et 5 du dernier titre de la Coutume de Labourd de 1514 nous dit que «Les parroisiens de chascune parroisse

d'icelluy pays de la Bourt, peuvent entre eulx s'assembler pour traicter de leurs besoignes communes et de leur parroisse a chascune foiz que besoiing sera, et peuvent faire et ordonner entre eulx statutz et ordonnances particulieres, pour entretenir et garder leurs boscaiges, padoens et pasturaiges, et ce selon la loy de Sainct benoist, et autrement pour procurer de leurs negoces loisisbles au prouffit commun dentre eulx et de la dicte parroisse.» Les registres des délibérations sont plus tardifs; la plupart datent des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles. Mais il est probable que ces assemblées étaient bien antérieures et qu'elles n'avaient guère changé depuis leur origine.

Au cours des siècles, les maisons se groupèrent en paroisses, puis les paroisses en pays, tout en conservant leurs institutions. Cette organisation, née d'une façon empirique, présentait d'importantes variantes selon les lieux, chaque territoire ayant eu une évolution historique différente.

On peut schématiquement, considérer deux blocs distincts; la Navarre d'une part, les autres provinces basques d'autre part. Dès le IX^e siècle, les Navarrais se donnèrent un chef militaire pour repousser les Francs au Nord et les Maures au Sud, qui prit rapidement le titre de roi et qui, à l'instar des autres princes européens, devint héréditaire au siècle suivant. Ce nouveau régime politique favorisa l'implantation de la féodalité avec sa hiérarchie sociale, surtout à partir du règne de Thibaut de Champagne qui succéda à son oncle Sanche le Fort en 1234 et qui importa en Navarre les usages du Nord de la France, pays de forte féodalité. Toutefois, avant d'être hissé sur le pavois, le prince dut jurer le respect des fueros, c'est à dire des libertés et des privilèges des Navarrais. Par ailleurs, la terre demeurait allodiale, c'est-à-dire libre et, si la féodalité s'y est répandue, on appliquait l'adage « Nul seigneur sans titre ». La terre était présumée libre et ses habitants francs. Les institutions étrangères semblent s'être superposées à l'antique démocratie basque qui subsiste notamment dans les vallées navarraises et qui demeura le régime traditionnel des autres provinces basques.

Mais dans le royaume, le conseil féodal, la «Cort mayor» évolua au XIV^e siècle, à l'imitation des Cortes de Castille ou des États généraux de France, vers le type de Cortes avec trois «bras»: l'ecclésiastique, le noble et le populaire.

Dans les autres provinces basques au contraire, l'organisation ancestrale, caractérisée par l'absence de distinction entre les trois ordres et l'exclusion du clergé et de la noblesse, de la vie politique subsistèrent. Toutefois, l'évolution historique de chacune d'elles eut des répercussions sur leurs institutions.

Unies sous le même sceptre, celui de Sanche III le Grand, roi de Navarre au début du XI^e siècle, elles furent séparées à la mort de ce roi. Le Labourd et la Soule faisaient partie du duché de Gascogne qui vite après fut uni à celui d'Aquitaine, et qui, par le mariage, en 1152, d'Aliénor, duchesse d'Aquitaine avec Henri II Plantagenet qui devint roi d'Angleterre deux ans plus tard à la mort de son père, passa sous domination anglaise.

Sous la monarchie anglaise, lointaine et libérale, le Labourd et la Soule conservèrent leurs institutions ancestrales. Cependant la Soule proche de la Navarre et du Béarn subit leur influence ; la féodalité y pénétra et la noblesse y était puissante. Au Silviet qui représentait l'assemblée traditionnelle basque, s'ajouta, à une époque inconnue, le Grand Corps groupant le clergé et la noblesse. Seul, en France, même après son annexion en 1451, au domaine de la Couronne de France, le Labourd conserva son antique organisation, avec ses assemblées de maîtres de maison.

La société basque n'étant pas individualiste et l'individu s'effaçant devant la communauté, chaque famille symbolisée par la maison était représentée par son maître.

À l'époque dont nous avons des traces, les maîtres de maison se réunissaient dans chaque paroisse en une assemblée dite capitulaire et déléguaient un mandataire à l'assemblée générale du pays ou de la province.

I. LES ASSEMBLÉES PAROISSIALES

L'organisation traditionnelle basque ignorait la conception médiévale de la société divisée en ordres. L'égalité juridique entre les maisons était la règle et les maîtres de maison détenaient le pouvoir de décision. Cette organisation, fondée sur l'égalité juridique de toutes les maisons était un modèle de démocratie directe à base familiale. C'est ce que nous allons pouvoir constater en étudiant successivement l'organisation et les attributions des assemblées de maîtres de maison au niveau des paroisses.

a. Organisation

Dans chaque paroisse, voire hameau ou quartier, les maîtres de maison se réunissaient, le dimanche, à l'issue de la grand-messe, sous le porche de l'église ou dans une petite salle située au-dessus de lui, ou tout simplement devant l'église, en une assemblée dite capitulaire. L'architecture de nombreuses églises du Pays basque témoignent de nos jours de cet usage.

Chaque maison était représentée par son «*maître vieux*» ou «*maître jeune*». La *patria potestas*, comme les autres institutions romaines n'ayant pas pénétré, l'égalité entre les deux couples formés par l'enfant aîné marié et son conjoint, d'une part, et ses père et mère, d'autre part, voire les grands parents ou le survivant d'entre eux, était totale en Pays basque; c'est ce qu'on appelle la «coseigneurie». L'égalité existait aussi entre les deux sexes, mais chacun avait un rôle déterminé par la nature même, la femme à la maison, l'homme à l'extérieur, notamment dans la vie politique. Les femmes héritières se faisaient représenter dans ces assemblées par leur mari ou leur fils aîné; mais, en l'absence d'homme, les veuves pouvaient y participer.

Le curé, qui n'était maître d'aucune maison, en était exclu; il n'y assistait que pour les questions intéressant son sacerdoce, mais sans prendre part au vote.

Quant aux maîtres de maison noble, ils n'y étaient pas admis en Labourd, à l'exception du Vicomte d'Urtubie à Urrugne et du Baron de

Saint-Pée à Saint-Pée-sur-Nivelle; le seigneur de Saint Pée avait même, d'après le règlement du 26 avril 1684, voix prépondérante en cas de partage des voix pour la nomination du maire-abbé. En Soule et en Basse-Navarre, selon les lieux, les nobles pouvaient participer à ces assemblées s'ils payaient les charges communes, mais ils n'avaient généralement pas de voix prépondérante et, s'ils votaient, c'était en qualité de maîtres de maison.

La composition des assemblées paroissiales basques était fort différente de celle des autres villages en France, où le Seigneur et le curé étaient partout membres de droit des assemblées des habitants. Les assemblées basques étaient antérieures à la division de la société en ordres, apparue en France à l'aube du Moyen-âge.

Si aux Etats de Basse-Navarre, à l'instar des Cortes de Navarre, les trois ordres étaient représentés avec chacun une voix, dans les paroisses, voire les Pays et Vallées qui composaient cette province, l'organisation ancestrale subsistait.

Dans chaque paroisse, les maîtres de maison, ainsi assemblés, délibéraient sur toutes les affaires intéressant leur communauté, puis votaient, chaque maison ayant une voix, quelle que fût son importance. La décision était prise à la majorité. Elle avait force de loi.

Le maire abbé et un ou deux jurats, selon les cas, par quartier, élus chaque année, selon des modalités variables, par les maîtres de maison, étaient chargés de son exécution. Le pouvoir de décision appartenait aux seuls maîtres de maison, tous unis dans une même communauté d'intérêts. L'assemblée des maîtres de maison devait avoir connaissance de toute question dépassant la gestion courante.

Les villes, peu nombreuses, avaient une organisation, en tous points, semblable à celle des paroisses, avec une Assemblée générale des maîtres de maison, un corps de ville ou Jurade, élu chaque année par l'assemblée générale, avec un Premier jurat ou Maire. De même que leurs collègues

des paroisses, les jurats des villes exerçaient le pouvoir exécutif par délégation de l'Assemblée générale dont ils étaient les représentants permanents.

La Monarchie française, menant une politique unificatrice et centralisatrice, rendit en juin 1787 un édit, pour uniformiser l'administration municipale. Mais il n'eut en Pays basque qu'une application très restreinte. La plupart des paroisses conservèrent leur organisation traditionnelle ainsi que leurs prérogatives.

b. Attributions

Comme le stipulent l'article 4 du dernier titre de la Coutume de Labourd et l'article 4 du premier titre de celle de Soule, les maîtres de maison traitaient, de «*leurs besognes communes et de leur paroisse*», pouvant «*faire et ordonner entre eux statuts et ordonnances particulières...au profit commun d'entre eux et de la dicte paroisse*».

Les registres des délibérations des assemblées paroissiales, dont les plus anciens remontent au XVI^e siècle, nous livrent les sujets abordés au cours de ces réunions. Ils étaient fort variés, les plus importants étant le budget et, en Labourd, l'administration des terres communes, qui appartenaient par indivis à tous les habitants de la paroisse. En Soule, c'était le Silviet, Assemblée générale des maîtres de maison de tout le Pays qui gérant les terres communes appartenant par indivis à tous les habitants du pays ; en Basse-Navarre, c'était la Cour générale de chacun des sept pays ou vallée et des cinq villes qui la composaient, car ces terres appartenaient aux habitants de chacun d'eux. Mais pour toutes les autres affaires n'intéressant que la communauté paroissiale, c'étaient les maîtres de maison de la paroisse qui prenaient les décisions.

En Labourd, les paroisses passaient entre elles des conventions concernant l'usage de leurs terres communes. Les paroisses frontalières passaient des conventions, appelées «*faceries*», avec des paroisses voisines de Navarre pour régler l'usage commun de leurs pâturages, sans se soucier de l'existence d'une frontière entre les deux Etats, en temps de guerre

comme de paix. Les paroisses côtières louaient leurs terres à des bergers étrangers, venus notamment de Navarre, en transhumance, faire paître leurs troupeaux de moutons sur les prés salés de la côte atlantique.

La communauté des habitants pouvait aussi concéder des terres à des habitants de la paroisse qui, moyennant une somme modique, les défri-chaient et les mettaient en culture pour un certain nombre d'années variable selon les cas ; en Soule, pays à économie essentiellement pastorale, les concessions étaient limitées à 4 ans, de même en Basse-Navarre où elles ne pouvaient pas dépasser 5 ans. À certaines époques, notamment lors de l'essor démographique du XVII^{ème} siècle, la communauté des maîtres de maison de la paroisse ou du pays, selon les lieux, vendit des terres communes à des jeunes de la paroisse afin qu'ils puissent s'établir et fonder une famille.

Les maîtres de maison assemblés répartissaient entre les divers feux la quote-part des impôts royaux qui incombaient à la paroisse ainsi que les impôts locaux qu'ils pouvaient créer pour subvenir à leurs dépens. La Basse-Navarre était un pays d'Etats; la Soule et le Labourd étaient des pays abonnés. Tous payaient les impôts royaux sous forme d'une somme globale qui était ensuite répartie entre les paroisses, et, dans chaque paroisse, entre les maisons. L'impôt était foncier. Des cotisateurs qu'ils désignaient parmi eux, déterminaient la somme que devait payer chaque maison, en fonction de son patrimoine foncier, et des collecteurs, un par quartier, pris à tour de rôle parmi les maîtres de maison, étaient chargés du recouvrement.

L'assemblée capitulaire répartissait aussi entre les maisons, la corvée des chemins. L'entretien des routes était, en effet, du moins en Labourd jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, entièrement à la charge du pays, en dépit de l'arrêt du Conseil du Roi du 7 octobre 1778 qui, à la requête des négociants bayonnais qui ne cessaient de se plaindre du mauvais état des routes labourdines, enleva à cette province le service de la voirie pour le confier à l'administration des Ponts et Chaussées ; mais cet arrêt

« n'eut pas son exécution », peut-on lire dans le procès verbal de la réunion du Biltzar du 18 juillet 1783. Le syndic général du pays ne cessait d'exhorter les paroisses, à chaque réunion, d'entretenir leurs chemins, de crainte de perdre ce privilège «*que tout le monde nous envie*».

Cette assemblée tirait au sort le contingent d'hommes de troupe que chaque paroisse devait fournir pour servir dans la milice du Pays ; il était proportionnel à sa population. Ces milices étaient autonomes ; chaque paroisse entretenait ses miliciens et leur fournissait armes et équipements. Le pays disposant de sa propre milice, ses habitants étaient dès lors dispensés de servir dans l'armée royale. Mais, à partir du règne de Louis XIV, le roi réquisitionnait un nombre variable d'hommes, régulièrement en période de guerre, et, dans les paroisses côtières, de marins pour la flotte royale et de charpentiers de navires pour ses ateliers de construction navale. A la fin de l'Ancien Régime, ces levées de matelots et de charpentiers « *pour le service du roi* » étaient devenues périodiques. Pour satisfaire la demande royale, ces hommes étaient tirés au sort dans chaque paroisse par les maîtres de maison, et il était fréquent que des victimes du sort payent un remplaçant pour partir à leur place.

L'assemblée des maîtres de maison mettait à ferme au profit d'un particulier, le moulin qui appartenait à la communauté, ainsi que certains droits, tel celui de la boucherie ou de la vente des boissons alcoolisées, le droit de bac et passage du pas de Béhobie par la communauté d'Urrugne, le droit de quayage à Saint Jean de Luz – Ciboure, le passage de brebis étrangères sur leur territoire, ou autres droits propres à certaines paroisses.

En cas de besoin, le plus souvent pour payer leur quote-part d'impôts, les maîtres de maison pouvaient décider des coupes de bois à effectuer dans leurs forêts et organiser des enchères publiques pour les vendre à des particuliers, notamment à des constructeurs de navires de Ciboure, Saint Jean de Luz ou Bayonne. A la fin de l'Ancien Régime, de nombreuses paroisses, écrasées par le fisc royal, surtout le long de la côte,

étaient très endettées, ce qui les obligea à vendre des terres, détruisant ainsi l'équilibre de la société ancestrale.

Les maîtres de maison nommaient aussi le personnel de la paroisse, fixant les conditions de leur engagement, leurs obligations et leur salaire. Il s'agissait du garde municipal qui veillait au respect des règlements élaborés par les maîtres de maison pour l'usage des biens communaux et avait le droit d'infliger des amendes aux contrevenants. Le personnel de la paroisse comprenait aussi le régent d'école; exceptionnellement le curé participait à cette nomination, l'enseignement étant sous l'Ancien Régime, de la compétence de l'Église; les paysans basques répugnaient à payer un maître d'école qu'ils jugeaient inutile, et le salaire accordé était faible; d'après une visite de l'évêque de Bayonne dans les paroisses labourdines, en 1737, 4 paroisses sur les 19 qu'il avait visitées étaient dépourvues de maître d'école; l'enseignement des filles était encore plus négligé, seules deux paroisses, Bidart et Ciboure, avaient une maîtresse d'école; ailleurs c'était la benoîte qui assurait l'instruction des filles. Parmi le personnel figuraient aussi le médecin et le chirurgien avec lesquels les maîtres de maison passaient un contrat d'abonnement; ces derniers professionnels étaient rémunérés par la communauté; les soins étaient gratuits pour les habitants de la paroisse; les médecins étaient très aisés, mais les chirurgiens, séparés des barbiers depuis 1717, qui soignaient les blessés au cours d'une rixe ou d'un accident, l'étaient beaucoup moins. Les maîtres de maison mettaient aux enchères la benoîterie, qui était attribuée à celui qui offrait, pour sa fille qui devait être de bonnes mœurs et qui était vouée au célibat, la plus grosse dot; il s'agissait de la femme la plus importante du village; elle avait la charge de l'église et du presbytère, faisait des prières pour ceux qui la sollicitaient, faisait l'école aux filles, leur apprenant essentiellement le catéchisme, les prières et les cantiques religieux...

Eventuellement, ils procédaient à la mise aux enchères au rabais des enfants trouvés, qui étaient à la charge de la communauté où ils avaient

été trouvés; ils attribuaient l'enfant à la famille qui demandait la pension la plus faible; chaque maison contribuait aux frais d'entretien de l'enfant au prorata de sa part d'impositions.

Ils votaient les allocations et aides diverses aux pauvres de la paroisse, charge qui, en France, incombait, comme l'enseignement, à l'Église.

Ailleurs en France, l'entretien des routes et des ponts, l'armée, la police et autres services publics dépendaient, à la fin de l'Ancien Régime, de l'Administration royale alors que les provinces basques jouissaient d'une exceptionnelle autonomie; d'ailleurs, il aurait été difficile à un commissaire du roi de les surveiller car tous les débats avaient lieu en langue basque...

Chaque année, les maîtres de maison désignaient le maire-abbé, appelé bayle en certains lieux, et un jurat par quartier, généralement pris à tour de rôle parmi les maîtres de maison. Ils étaient chargés de l'exécution des décisions prises par les maîtres de maison et de l'expédition des affaires courantes, mais sans aucun pouvoir propre. Ils avaient aussi la charge de la police générale de la paroisse, pouvant arrêter les délinquants, surveiller les marchés et la régularité des poids et mesures, du tirage au sort des miliciens, vérifier si les prix de vente du vin et de la viande de boucherie fixés par l'Assemblée générale étaient respectés, contrôler le bétail abattu par les bouchers, visiter les boulangeries...; ils avaient le droit de confisquer les marchandises défectueuses...

Les maîtres de maison désignaient aussi, quand ils en étaient requis par le syndic du pays, qui, élu par l'assemblée générale de la province, en était l'organe permanent, un ou deux mandataires de la paroisse, généralement le maire-abbé et un jurat, au Biltzar en Labourd, au Silviet en Soule jusqu'en 1730, à la Cour générale du pays ou de la vallée en Basse-Navarre. Ces députés étaient munis d'un mandat impératif de telle sorte que la réunion de l'assemblée générale se déroulait en deux sessions; à la première ils écoutaient les propositions du syndic et demandaient toutes les explications nécessaires; ils revenaient ensuite dans leur paroisse

respective où les maîtres de maison votaient sur chacune d'elles; et, dans une seconde session, les députés ramenaient à l'assemblée générale les décisions prises par leur communauté. Chaque paroisse, quelle que fût son importance, avait une voix. La décision concernant l'ensemble du pays ou de la province était prise à la majorité des voix. C'était donc les maîtres de maison qui détenaient le pouvoir de décision.

II. LES ASSEMBLÉES PROVINCIALES

Chaque unité territoriale ou province avait son assemblée provinciale : le Biltzar en Labourd, la Cour d'Ordre en Soule, les États généraux de Navarre en Basse-Navarre et les Cours générales dans les sept provinces qui composaient cette dernière province.

En dépit de la politique unificatrice de la monarchie française, le Biltzar du Pays de Labourd qui représentait le type même des assemblées démocratiques basques, se réunit régulièrement, sans grande modification, jusqu'à la Révolution de 1789. La Soule perdit en 1730 ses institutions démocratiques et fut assimilée aux autres pays d'états qui subsistaient en France.

La Navarre ayant été envahie en 1512 par les troupes de Ferdinand le Catholique et rattachée au royaume d'Aragon en 1515, ses souverains légitimes s'étaient réfugiés «Ultra puertos» l'actuelle Base Navarre. Henri II d'Albret institua dans son petit royaume, en 1523, des États généraux calqués sur les antiques Cortes du royaume de Navarre. L'édit d'union de la Navarre à la Couronne de France en 1620, n'interrompit pas le rythme de leurs réunions et n'en modifia guère l'organisation.

Aux États de Basse-Navarre s'opposaient les antiques assemblées démocratiques basques: le Biltzar et le Silviet. Mais en Soule, le Silviet s'est vu concurrencé par le Grand Corps de telle sorte que la Soule avait une organisation intermédiaire entre celle, traditionnelle du Labourd et celle de droit commun des États de Basse-Navarre.

a. Le Biltzar du Pays de Labourd

Bilduzahar: vieille assemblée. L'étymologie même du terme témoigne de l'ancienneté de cette assemblée. Les débats étant, jusqu'au XVI^e siècle oraux, les documents médiévaux font défaut. Le plus ancien procès-verbal actuellement connu date du 8 octobre 1567. Seuls deux registres des délibérations, datant du XVIII^e siècle ont été conservés. D'après ces documents, nous pouvons affirmer que le Biltzar du Pays de Labourd avait encore au XVIII^e siècle une organisation très particulière et de larges attributions.

Son organisation fut réglementée après des troubles violents survenus en Labourd par un arrêt du Conseil du roi du 3 juin 1660 rendu par Louis XIV à Saint-Jean-de-Luz où il se trouvait à l'occasion de son mariage avec l'infante Marie-Thérèse. Mais, gardien de la justice, le roi même sous la monarchie absolue ne pouvait aller à l'encontre de la volonté populaire, d'autant plus que le Labourd jouxtait le royaume d'Espagne et ses réformes furent très partielles; il ne put assimiler l'assemblée labourdine aux autres États provinciaux.

C'est pourquoi l'intendant Le Camus de Néville écrivait en 1784 : «Le régime actuel du Labourd ne ressemble à aucun autre /.../. Cette forme inconnue dans le reste du royaume est contraire à toutes les règles d'une délibération publique».

En effet, les clercs et les nobles en étaient exclus. Seuls se réunissaient au XVIII^e siècle les représentants des trente cinq paroisses labourdines. Chacune y déléguaient généralement le maire-abbé, sinon un jurat ou un député élu par les maîtres de maison en assemblés capitulaire.

Quand une affaire intéressait le clergé, le syndic du pays qui était son agent permanent, élu en Biltzar chaque année et chargé de l'exécutif, devait se mettre en rapport avec l'évêque de Bayonne ou son vicaire général. Quand les nobles avaient à intervenir, ils écrivaient au syndic qui soumettait leur lettre au Biltzar et leur transmettait ensuite la réponse.

Parfois, lorsqu'un différend existait entre eux, les nobles réunis en assemblées désignaient trois ou quatre députés pour «discuter à l'amiable» avec trois ou quatre membres du Biltzar.

Le président du Biltzar était en principe le bailli du Labourd, charge qui appartenait depuis 1654 à la famille d'Urtubie d'Urrugne. Mais si cet officier avait un rôle important au Moyen-Âge, il avait perdu dès le XVI^e siècle la plus grande partie de ses attributions. Au XVIII^e siècle il était, en tant que bailli d'épée, le chef de la noblesse locale, n'ayant guère que des attributions militaires. D'ailleurs, il ne présida le Biltzar qu'une seule fois au XVIII^e siècle, pour réorganiser la milice locale.

À sa place siégeaient les officiers du tribunal du bailliage, le lieutenant général et le procureur du roi, qui représentaient le roi mais qui, propriétaires de leur charge depuis le XVII^e siècle, étaient de souche locale. À leurs côtés, siégeait toujours le syndic du pays qui menait les débats.

À l'encontre des autres États provinciaux et en dépit de l'arrêt du Conseil de 1660, aucun commissaire du roi n'y assistait. Toutefois, après les délibérations, le syndic du pays informait le subdélégué de l'intendant des décisions qui avaient été prises.

Alors que là où ils avaient subsisté, les États ne pouvaient se réunir que sur convocation royale, en Labourd c'était le syndic du pays qui réunissait le Biltzar, ce qui lui permit d'ailleurs de subsister. Il le faisait à la demande du bailli, d'un officier du tribunal du bailliage ou de l'intendant, soit de son propre mouvement, ce qui était le plus fréquent. Il ne manquait pas de le réunir chaque fois qu'il l'estimait nécessaire, au moins une fois par an, parfois davantage.

Depuis l'arrêt du Conseil de 1660, le syndic devait, avant d'envoyer les convocations aux maires-abbés des paroisses, en informer les officiers du tribunal du bailliage et leur communiquer le texte écrit des propositions qu'il entendait soumettre à l'examen du Biltzar. Ce texte était rédigé par le syndic, mais toute communauté, voire tout habitant du pays

pouvait inviter le syndic à faire une proposition. Le procureur du roi ou le lieutenant général pouvait faire opposition, en tout ou en partie, aux questions proposées, mais généralement ils les déclaraient «pertinentes et admissibles» et rendait une ordonnance fixant le jour et l'heure de la réunion.

Le Biltzar se tenait à Ustaritz, au «parquet et auditoire royal du bailliage». Le déroulement des séances suivait un protocole très précis. À l'ouverture, le greffier faisait l'appel des communautés, toujours dans le même ordre. Les paroisses défaillantes ainsi que celles qui déléguaient au Biltzar une femme étaient condamnées à une amende.

Le président de séance lisait ensuite le texte des propositions. Le syndic donnait toutes des explications nécessaires. Les députés dont le mandat était impératif, revenait ensuite dans leur paroisse respective avec le texte écrit des propositions qu'ils lisaient le dimanche suivant aux maîtres de maison assemblés. Après force discussions, ces derniers votaient sur chaque proposition. La décision était prise à la majorité des voix, chaque maison ayant une voix qu'elle que fut son importance. La réponse à chaque proposition était transcrite par le greffier de la séance et rapportée à la seconde session du Biltzar qui avait lieu huit jours après la première. Après l'appel des communautés les réponses étaient remises au greffier du tribunal du bailliage qui les lisait publiquement. Les voix étaient «colligées», article par article. Sur chaque proposition la décision était prise à la majorité, chaque paroisse disposant d'une voix. Les résultats étaient prononcés par le président et enregistrés par le greffier qui dressait le procès-verbal de la séance.

Les décisions prises avaient force obligatoire et le syndic général était chargé de leur exécution.

Le pouvoir de décision appartenait donc, en Labourd, encore à la veille de la Révolution, aux maîtres de maison avec exclusion des maîtres de maisons nobles et du clergé.

Les Labourdins étaient très attachés à leurs institutions démocratiques qui garantissaient leurs libertés séculaires et le Biltzar refusa tout projet gouvernemental tendant à les normaliser. L'intendant Duprè-de-Saint-Maur écrivait le 4 juin 1780 au Directeur général des Finances, Necker : «Je ne vous proposerais pas de rien changer à cette administration /.../, ce petit peuple suit pour ainsi dire obstinément ses anciens usages /.../, on publierait inutilement des règlements nouveaux qui contrarieraient les mœurs des Basques et les traditions de leurs pères». Cependant son successeur, l'intendant de Néville conçut successivement, en 1784, 1787 et 1789, trois projets de réforme, qui se heurtèrent à des protestations indignées du Biltzar et provoquèrent une telle agitation dans le pays que l'intendant renonça à modifier la constitution de ce petit pays qu'il qualifiait pourtant de «vicieuse».

Non seulement, l'organisation du Biltzar était unique en France, mais encore ses compétences étaient très larges. Alors que généralement les pays d'États n'étaient plus que de simples rouages de l'administration financière du royaume, le Biltzar du Pays de Labourd avait conservé malgré les efforts des agents de la monarchie, la plupart de ses anciennes prérogatives.

Seules, les attributions judiciaires qu'il avait au Moyen-Age, lui avaient été enlevées. L'arrêt du Conseil du roi de 1660 lui avait fait défense de «faire aucuns statuts ou ordonnances portant emprisonnement, bannissement, peine afflictive ou peines pécuniaires», et ne lui avait laissé que la simple police et le droit de prononcer des amendes et saisies pour violation de ses règlements. Mais il recevait encore au XVIII^e siècle des plaintes et se prononçait sur les poursuites à engager.

Il n'avait pas non plus le droit qu'avaient les juntas de Guipuzcoa et de Biscaye ainsi que les Cortés de Navarre de refuser des ordonnances royales qui portaient atteinte aux «fueros», c'est à dire aux privilèges que le roi avait juré à son avènement de respecter. Mais la monarchie française, respectueuse des situations légitimes n'imposait rien aux Labourdins

sans leur consentement. Et, lorsque l'ordonnance royale allait à l'encontre de leurs privilèges, elle demeurait lettre morte.

Le Biltzar était une assemblée législative qui veillait à la bonne conservation des coutumes rédigées en 1514, qu'il pouvait préciser si elles étaient incertaines ou modifier, si elles étaient vieilles et inadaptées.

Il avait aussi un large pouvoir réglementaire, édictant des règlements assortis de sanctions pour le maintien de l'ordre, le développement économique, la police des marchés... Il passait des traités de bonne correspondance avec les Basques du Guipuzcoa et de Biscaye, réglant, en temps de guerre comme en temps de paix, l'usage de la mer... Il cherchait des solutions pour l'entretien des «personnes en démece et sans ressources», que l'on envoyait à l'hôpital de Saragosse, ou des enfants trouvés dont le bail à rabais était mis aux enchères. Il organisait des distributions de blé d'Inde aux pauvres, des réceptions pour les personnes célèbres qui venaient en Labourd, notamment prendre les eaux à Cambo. Il votait les cadeaux destinés à remercier ceux qui avaient rendu service au Pays, tel le duc de Grammont, Souverain de Bidache et gouverneur militaire de Bayonne et Pays adjacents qui, à Versailles, intervenait pour les Labourdins auprès du roi, notamment à l'occasion du renouvellement des abonnements aux impôts royaux.

Le Labourd était un pays abonné. Il payait les impôts royaux directs et indirects sous forme d'une somme globale forfaitaire qui était ensuite répartie entre les nobles dont le rôle était nominal et les diverses paroisses, à l'intérieur desquelles leur quote-part était répartie par feu, selon l'importance du patrimoine foncier de chaque maison. L'impôt était foncier. Son assiette et sa perception relevaient des maîtres de maison au niveau du Biltzar comme des paroisses. Le Biltzar votait aussi les dépenses et créait selon les besoins des impôts locaux. Le syndic du pays était le trésorier général ; c'est lui qui recevait les sommes à remettre au fisc royal, il en était responsable sur ses biens propres. Le Labourd jouissait donc d'une réelle autonomie financière. Mais la somme demandée par

le roi augmentait à chaque renouvellement d'abonnement et, à la fin de l'Ancien Régime, le pays était très endetté.

Comme la plupart des provinces basques, le Labourd avait sa propre milice, totalement autonome et à la charge du pays. Elle était composée de 1000 hommes, qui assuraient la police dans le pays et sa défense contre les ennemis de l'extérieur. A l'époque monarchique, elle était chargée de «la garde et seureté de la frontière».

Dès lors, les Labourdins, comme les Souletins et les Navarrais étaient exemptés de service militaire dans les armées royales. Mais ce privilège ne fut guère respecté par les rois absolus qui régulièrement réquisitionnaient des marins pour la flotte royale et des charpentiers de marine pour les ateliers royaux de construction navale. C'est en Biltzar qu'était réparti entre les différentes paroisses, l'effectif demandé par le roi, ainsi que le contingent de la milice et qu'étaient nommés ses officiers supérieurs.

Cette autonomie allait à l'encontre de la politique centralisatrice et unificatrice royale. Aussi, le roi et ses agents s'efforçaient-ils de grignoter les privilèges labourdins. C'est ainsi que sur requête des négociants bayonnais qui se plaignaient du mauvais état des routes du Labourd que les marchands navarrais devaient emprunter pour atteindre le port de Bayonne, l'arrêt du Conseil du 7 octobre 1778 enleva aux Labourdins le service de la voirie pour la confier à l'administration des ponts et chaussées. Mais cet arrêt «n'eut pas son exécution», peut-on lire dans le procès-verbal du Biltzar du 18 juillet 1783, et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, le syndic, à chaque réunion, exhortait les communautés à entretenir les chemins, les ponts et continuait à passer des marchés avec les entrepreneurs locaux.

Les Labourdins défendirent efficacement leurs privilèges et jouirent jusqu'à la Révolution française d'une réelle autonomie administrative au sein du royaume de France.

Il n'en fut pas de même en Soule. Cette province perdit ses institutions au XVIII^e siècle, notamment le Silviet qui était l'analogue du Biltzar et qui fut remplacé par une assemblée plus conforme au droit commun.

b. La Cour d'ordre de Soule

Elle groupait la traditionnelle assemblée populaire appelée Silviet et le Grand Corps qui réunissait le clergé et la noblesse. L'ensemble constituait le Cour d'ordre. Mais Silviet et Grand Corps, d'origine différente se réunissaient séparément.

La Cour d'ordre était convoquée au moins une fois par an, parfois davantage, à la requête du syndic général du pays qui, comme en Labourd était le représentant permanent de la Soule. C'est le gouverneur qui représentait le roi, qui la convoquait. Mais retenu à la Cour du roi depuis le règne de Louis XIV, il était remplacé par le lieutenant général de la Cour de Lixarre qui était la juridiction propre aux Souletins, ou par un gentilhomme «juge-jugeant» de cette Cour. Mais contrairement à ce qui avait lieu en Labourd, le syndic n'avait pas le droit de la convoquer.

Les convocations étaient personnellement adressées aux membres du clergé et de la noblesse, membres de droit de la Cour d'ordre.

Les membres du clergé étaient au nombre de six: l'évêque d'Oloron, l'abbé de Sainte Engrâce, le prieur de Larrau et les trois commandeurs des hôpitaux d'Ordiarp, de Berraute et de Saint-Blaise. Mais ils n'assistaient guère aux États, ce qu'ils signalaient dans les cahiers de doléances rédigés en 1789.

Les nobles étaient beaucoup plus nombreux. Étaient membres de droit les dix potestats qui étaient des seigneurs justiciers, environ cinquante « gentilshommes terretenants », seigneurs fonciers, et les possesseurs de biens nobles.

La réunion du Silviet était complexe. La Soule était partagée en trois messageries, divisées à leur tour en sept dégairies. Les trois messagers

désignés chaque année par les États, transmettaient les convocations aux dégans qui dans chaque dégairie, groupant plusieurs paroisses, étaient tirés au sort dans une paroisse à tour de rôle. Les dégans, à leur tour les faisaient parvenir aux fermances vézalières de chaque paroisse. Ces derniers convoquaient les paroissiens de chaque paroisse dont ils étaient responsables afin qu'ils désignent les députés au Silviet. A ceux-ci s'ajoutaient pour se rendre au bois de Libarrenx ou en tout autre lieu de la réunion, les députés des six bourgs royaux et les sept dégans.

Cette procédure étant longue, le Grand Corps se réunissait seul, en premier, à la Cour de Licharre, sous la présidence en principe du gouverneur, mais généralement du lieutenant général de la Cour ou d'un gentilhomme jugeant, le plus haut placé dans la hiérarchie nobiliaire. Les membres de la noblesse présents délibéraient sur les propositions qui leur étaient soumises, puis votaient, dans l'ordre hiérarchique, chacun ayant une voix. La décision était prise à la majorité. Le syndic général du pays assistait aux débats ainsi que les dégans qui pouvaient ensuite informer les Souletins de la teneur des discussions et décisions prises.

La réunion du Silviet était postérieure. Le président était, en principe, le même que celui du Grand Corps. Il était assisté du procureur du roi et du syndic général du pays. Il faut remarquer l'absence, comme en Labourd, de l'intendant ou de son subdélégué. La présence des représentants des paroisses et des bourgs étant obligatoire, à peine d'amende, la séance commençait par l'appel des communautés. Puis les questions à l'ordre du jour étaient débattues, mais aucune décision n'était prise, le mandat des procureurs étant comme en Labourd impératif. Les représentants des paroisses et des bourgs revenaient dans leur village respectif quérir la décision de leurs commettants, qui était prise en assemblées paroissiales, en présence des dégans qui leur donnaient des informations utiles. Les députés ramenaient la réponse de la communauté qu'ils représentaient à une seconde session du Silviet qui avait lieu quinze jours après la première. Vestige des temps primitifs, tous les Souletins qui le

désiraient pouvaient y assister. On votait par dégairie et bourg, soit sept dégairies et six bourgs, chacun d'eux ayant une voix. La décision était prise à la majorité.

Le Silviet avait une voix ainsi que le Grand Corps. En cas de désaccord entre eux, le syndic du tiers qui était en même temps le syndic général du pays et le syndic du Grand Corps essayaient de concilier les points de vue. Parfois des commissaires étaient nommées de part et d'autre. S'ils ne parvenaient pas à une solution, c'était le président de la Cour d'ordre qui servait d'arbitre, sauf s'il s'agissait de questions financières, auquel cas l'affaire était transmise au Conseil du roi.

L'organe exécutif des décisions était le syndic général du pays qui était élu par le Silviet seul.

C'était également le Silviet qui prenait les décisions concernant les terres communes qui, bien que les affièvements aient été nombreux à partir du XIV^e siècle, appartenaient dans l'indivision à tous les habitants, la terre souletine demeurant, en dépit de l'implantation de la féodalité, terre allodiale où l'on appliquait, comme dans les autres provinces basques, l'adage «Nul seigneur sans titre».

C'était là le principal objet des délibérations du Silviet qui passait, notamment, des traités ou faceries avec les pasteurs des vallées voisines de Navarre, en temps de guerre comme en temps de paix, pour l'usage des pâturages. Il avait même des compétences pour fixer les frontières du pays lorsqu'il y avait des différends à ce sujet.

Le Silviet pouvait aussi concéder pour un temps déterminé des parcelles de terres communes, des «labaki», à un paysan qui les défrichaient et les mettaient en culture ; mais celui-ci n'avait pas le droit de les clore et devait les restituer à la communauté à la fin de la concession, ce qui cependant, était rare. Pour interrompre la prescription acquisitive, les concessionnaires payaient une redevance symbolique à la communauté des habitants représentée par le syndic.

Les concessions pouvaient être faites à des collectivités : messagerie, dégairie, paroisse ou hameau, de telle sorte que certaines paroisses, voire hameaux, avaient leurs propres communaux, gérés par les assemblées paroissiales ou de quartiers, appelées «igourbes». Bien que «pays de franc-alleu naturel et d'origine», maintes fois officiellement reconnu, le régime des terres en Soule, avec les implantations féodales et royales, les affièvements par les seigneurs ou le roi, les concessions par le Silviet à des particuliers ou des communautés, les appropriations privées plus ou moins légales, était fort complexe et source de nombreux conflits. De plus, pour nourrir une population en constante augmentation depuis le XVI^e siècle, des communaux furent vendus à la fin du XVIII^e siècle. Ils ne subsistèrent finalement qu'en Haute Soule où ils étaient indispensables à l'économie pastorale et où ils subsistent encore à l'heure actuelle.

Telles étaient les attributions essentielles du Silviet. Quant à la Cour d'ordre, ses attributions étaient essentiellement financières, la Soule étant un pays abonné qui payait les impôts royaux directs et indirects sous forme d'une somme globale forfaitaire. La somme demandée annuellement par l'intendant à laquelle s'ajoutaient les charges locales votées par les deux corps, était répartie par des commissaires, deux pour le Grand Corps et deux pour le tiers. Le rôle de la noblesse était établi par tête et celui du tiers par feu.

Les nobles payaient directement la somme due à leur syndic. Pour le tiers, c'était les fermances vézalières qui étaient chargés, dans les paroisses, de la perception des impôts, sous le contrôle des dégans qui remettaient les sommes collectées au syndic général du pays, lequel les transmettaient à l'intendant. Chaque année le syndic général devait rendre compte de sa gestion aux États de Soule qui désignaient des commissaires dans les deux corps pour examiner sa comptabilité.

Comme le Biltzar, la Cour d'ordre était une assemblée législative, précisant éventuellement des articles obscurs de la coutume ou la modifiant au besoin. Les registres de la Cour d'ordre contiennent d'intéressantes

délibérations sur la fixation et le maintien de la législation de 1520. Le plus souvent c'était la juridiction chargée de statuer sur un point controversé de la coutume qui demandait avis au syndic de Soule, lequel réunissait les États pour les consulter. Mais un député, voire tout habitant du pays pouvait demander à la Cour de se prononcer sur un problème juridique.

La Cour d'ordre veillait aussi à la bonne application des coutumes du pays par les officiers de justice et à ce que la justice soit bien rendue.

Elle avait un pouvoir réglementaire qui s'exerçait notamment pour la police des marchés, la fixation des tarifs auxquels devaient être vendus les grains, le vin et les viandes de boucherie, la vérification des poids et mesures... Sa réglementation était assortie de sanctions: amendes et saisies. Elle avait aussi la charge du maintien de l'ordre et pouvait édicter des dispositions de police, notamment à l'encontre des bohémiens qui, comme en Labourd, faisaient l'objet de mesures d'expulsion.

Pour les faire observer et arrêter contrevenants et malfaiteurs, le pays disposait d'une milice de mille hommes, équipés par les communautés dont les soldats étaient originaires. Les officiers étaient nommés par les États et placés sous l'autorité du gouverneur.

La Cour d'ordre avait aussi la charge de l'entretien des chemins et des ponts, des haras, de la poste, de l'éducation des jeunes... Elle prenait des mesures sanitaires et d'assistance aux pauvres. Représentant le pays elle intentait des procès. Elle envoyait des délégations vers le roi pour obtenir la confirmation des privilèges du pays... Bref l'activité de la Cour d'ordre, d'après les registres de ses délibérations était intense.

L'autonomie de la Soule était donc, encore au début du XVIII^e siècle, très grande, en dépit de la présence d'une noblesse envahissante et des tracasseries administratives émanant de l'intendant et de ses services.

Mais, sous la pression de la noblesse qui se plaignait de la lourdeur de la procédure de convocation du Silviet et de la lenteur des décisions pri-

ses due au caractère impératif du mandat des députés, le syndic général du pays, Armand de Hégoburu, entreprit en 1727 de donner une nouvelle organisation à la Soule. Il présenta une requête au roi et obtint par lettres-patentes du 28 juin 1730, une réforme profonde de la Cour d'ordre. Le Silviet fut supprimé et remplacé par des États généraux de Soule composés des trois ordres qui se réunissaient au même lieu, à la Cour de Licharre. Les titulaires de bénéfices majeurs et les maîtres de maison noble étaient toujours membres de droit. Mais le nombre des députés du tiers, qui pouvaient y participer, était réduit à treize, soit les sept dégans et les députés de six bourgs. Ces derniers étaient rémunérés non plus par les communautés qu'ils représentaient, mais par l'assemblée générale, car leur mandat était désormais représentatif, ce qui excluait toute consultation populaire. Les représentants du tiers se déterminaient toujours après le Grand Corps, mais directement sans prendre l'avis de leurs compatriotes. En fait, c'était désormais le Grand Corps qui prenait les décisions, les députés du tiers-état se bornant simplement à les ratifier et à leur donner force de loi, d'autant plus qu'en principe toujours élus, les députés étaient en fait désignés par le syndic qui était censé choisir les plus capables.

C'était une grave atteinte à l'antique démocratie basque. Le tiers-état souletin porta plainte en 1731 au parlement de Navarre, présentant une requête pour le maintien de «leur ancienne forme et coutume de députer et s'assembler» et une plainte contre le syndic général Hégoburu et le gouverneur, le comte de Troisvilles, pour prévarications et concussions. Il obtint satisfaction par deux arrêts du parlement de Navarre des 19 et 29 février 1731. Mais un recours en cassation fut porté au Conseil du roi qui, par l'arrêt du 13 octobre 1731, annula les décisions du parlement de Pau et enjoignit aux dégans et députés d'exécuter les lettres-patentes du 28 juin 1730, à peine d'être traités comme rebelles. Par ailleurs, la destitution du syndic Hégoburu fut déclarée nulle et de nul effet, et le tiers ayant prétendu avoir seul le droit d'élire le syndic général, il fut décidé que le Grand Corps devait aussi participer à cette élection.

Le conflit entre le tiers et la noblesse s'aggrava. L'ordre public étant menacé, le Conseil du roi, par un arrêt du 20 mai 1733 interdit «aux dégans et députés et à tous autres du païs de Soule de faire aucunes assemblées, députations, levées de deniers sans permission par écrit du sieur intendant de la province».

Cet arrêt mit pratiquement fin à la vie des États de Soule qui survécurent néanmoins, mais sans grand pouvoir, jusqu'à la Révolution de 1789. Quant aux États de Basse Navarre, étant conformes au droit commun, ils ne subirent pas de la part du pouvoir royal de telles atteintes.

III. LES ÉTATS DE BASSE NAVARRE

Les Etats généraux de Navarre ne présentaient guère d'originalité par rapport aux Cortes de Pampelune ou de Madrid, aux États généraux de France ou aux États particuliers qui avaient subsisté dans certaines provinces. Ils étaient composés des députés des trois ordres, chacun ayant une voix.

Le clergé comprenait les titulaires des bénéfices majeurs qui étaient membres de droit, soit l'évêque de Bayonne, celui de Dax, le prêtre major de Saint-Jean-Pied-de-Port et les prieurs de Saint-Palais, Utziat et Harambels, donc six personnes en tout. Mais les évêques n'y venaient guère et les prieurs étaient aussi souvent absents. Ainsi, il arrivait que le clergé de Basse Navarre ne fut représenté que par un seul ecclésiastique!

La noblesse comprenait tous les propriétaires de maisons nobles en Navarre. Contrairement à ce qui se passait en Soule, la préséance entre les nobles n'existait pas ; tous les propriétaires de maisons nobles siégeaient aux États dans la plus parfaite égalité entre eux, quels que furent leurs titres personnels. Des gentilshommes titrés mais ne possédant pas de biens nobles en Navarre étaient exclus des États.

Quant au Tiers-état, sa représentation était assez complexe du fait de la structure administrative du pays qui était décentralisé et composée de sept pays ou vallées et de cinq villes. Le pays de Mixe et la trilogie Armendaritz-Iholdy-Irissarry, désignaient trois mandataires; les pays de Cize, d'Arberoue, d'Ostabaret et les vallées d'Ossès et de Baïgorry en nommait deux chacun; les cinq villes: Labastide-Clairence, Garris, Saint-Palais, Larceveau et Saint-Jean-Pied-de-Port en désignaient deux chacune. Le Tiers-état était donc représenté aux États de Basse Navarre par 26 procureurs.

Après avoir reçu la convocation pour la session des États, une assemblée des maîtres de maison était réunie dans chaque paroisse, pour désigner leur, analogue au Biltzar en Labourd. Celui-ci prenait les décisions concernant le pays.

Participait aux États, le «syndic du Royaume», traditionnellement élu par les États parmi les membres de la noblesse et les gens de lois. Mais, au XVIII^e siècle, l'autorité royale, par l'intermédiaire de l'intendant qui prit l'habitude en Basse Navarre comme dans les autres pays d'États, d'orienter leur choix, ce qui assurait au roi la maîtrise de ce petit pays qui manifestait des vellétés d'indépendance. Cette ingérence royale était d'autant plus grave que le syndic était nommé à vie et inamovible. Agent permanent du pays et son représentant dans ses relations avec le pouvoir central, c'est lui qui, pendant les sessions, assurait leur bonne marche et conduisait les débats.

Mais il n'était pas, comme en Labourd trésorier du pays. Cette fonction était exercée par un autre personnage, désigné par les États parmi les gens de robe. C'est lui qui faisait la levée des impositions dans le pays pour en remettre le montant aux agents du roi. Il était chargé de la gestion financière du pays dont il devait rendre compte annuellement aux États. Lors de leurs réunions, il siégeait aux côtés du syndic.

C'est au roi seul qu'appartenait, comme partout en France, de convoquer des États. Ils les réunissaient régulièrement chaque année, par lettres-patentes expédiées au commissaire chargé de les tenir.

Les convocations, adressées individuellement aux membres du clergé et de la noblesse et collectivement aux villes, pays et vallées, fixait le lieu ainsi que le jour et l'heure de la réunion. Celle-ci avait lieu, selon le principe cher aux Navarrais d'égalité et de décentralisation, dans l'une des villes importantes du pays: Saint-Palais, Saint-Jean-Pied-de-Port ou Garris, parfois à Labastide-Clairence.

Les trois ordres se réunissaient ensemble. Il n'y avait pas de préséance entre les membres de la noblesse; en revanche les députés du tiers se querrelaient souvent pour obtenir une meilleure place et il fallut qu'un règlement fixe la place de chacun.

Un cérémonial minutieux et solennel réglait le déroulement de la session des États. Le commissaire du roi ouvrait en grande pompe les débats. Mais il n'y participait pas et n'y revenait que pour la séance de clôture.

Les États étaient censés être présidés par le roi. Mais comme il n'y venait jamais, il n'y avait pas de président. Bien qu'un arrêt du Conseil du 1^{er} juillet 1687 ait donné pleins pouvoirs aux intendants pour assister aux États de leur circonscription, seuls, certains d'entre eux, dont la personnalité était assez forte pour affronter les Navarrais, s'y rendaient. Il était alors simple observateur, n'intervenant jamais aux débats; mais il faisait un rapport au gouvernement sur ce qu'il avait entendu.

Lors de la première séance, des commissions paritaires étaient nommés pour recevoir les comptes du trésorier, entendre le rapport du syndic et dresser le « cahier des États » destiné à exposer les requêtes qu'ils entendaient adresser au roi.

Les «cayéristes» disposaient de trois jours pour rédiger le cahier. Quiconque pouvait alors déposer des requêtes à caractère général ou particulier.

Le quatrième jour, le cahier était remis, en assemblée plénière, au syndic. Celui-ci soumettait aux États, avec toutes les explications nécessaires, les questions sur lesquelles ils devaient statuer et le cahier des griefs

à présenter au roi. Puis après force délibérations, on passait au vote, chaque ordre ayant une voix.

Le syndic commençait par recueillir les suffrages de la noblesse, interrogeant les gentilshommes un par un. Le tiers, qui avait assisté au vote de la noblesse se retirait dans une pièce à part pour délibérer et voter à son tour, chacune des représentations disposant d'une voix. En Basse Navarre, contrairement aux autres provinces basques, les députés du tiers disposaient d'un mandat représentatif. Pendant que le tiers délibérait, les ecclésiastiques restés dans la salle de réunion, s'assemblaient à l'écart et convenaient entre eux de l'avis à prendre.

Les députés du tiers étant revenus dans la salle de réunion, le syndic recueillait l'avis de chaque ordre et proclamait ensuite article par article la décision prise à la pluralité des voix de chaque ordre.

Pour les décisions peu importantes, la majorité simple suffisait. En matière financière, la voix du tiers fut longtemps prépondérante, supportant seul les charges financières, jusqu'à la création d'impôts nouveaux par Louis XIV. Mais à la fin de l'Ancien Régime, l'unanimité des trois ordres, comme dans les autres assemblées d'États, était requise pour voter la somme qui serait versée au roi.

En cas de désaccord entre les ordres, trois commissaires conciliateurs de chaque corps étaient nommés pour trouver une solution. Les efforts de tous tendaient vers une décision unanime à laquelle on parvenait généralement par des concessions mutuelles, car si le différend persistait l'affaire devait être portée devant le commissaire que le roi avait délégué pour convoquer et tenir les États ou, si le problème soulevé était grave, par le Conseil du roi.

À l'origine, le vote de la « donation » au roi n'avait lieu qu'après que le commissaire ait pris lecture du cahier des États et y ait répondu. S'il acceptait les décisions prises par les États, ils les « appointait », sinon, il en référerait au Conseil du roi. Mais cela était exceptionnel, en effet la mena-

ce de ne pas consentir la somme demandée par le roi avant d'avoir obtenu satisfaction, donnait presque toujours aux États gain de cause.

La session, qui avait duré huit à quinze jours, était clôturée par le commissaire du roi qui l'avait ouverte, avec le même cérémonial que pour la session d'ouverture. Un membre du clergé l'informait de la somme qui avait été votée et qui serait versée au trésor royal.

Le rôle des États de Basse Navarre était donc essentiellement de présenter le cahier des griefs au roi et de lui accorder une «donation». Cette terminologie, commune à tous les pays d'États, maintenait la fiction du droit médiéval qu'avait le peuple à consentir des subsides au roi. La position théorique des États semblait donc très forte, mais en fait, bien que volontaire dans son principe, la donation était régulièrement accordée chaque année. Ce n'est qu'à la fin de l'Ancien Régime, en 1788 et en 1789 qu'elle fut refusée. Le montant n'était pas fixé dans les lettres royales de convocation, le roi se contentant de faire connaître à l'assemblée son désir qu'elle fasse la donation la plus forte possible.

Les États évitaient de faire des donations fixes, de crainte qu'elles ne passent en coutume et qu'il fût ainsi porté atteinte à leur liberté de fixer la donation faite au roi. Comme l'écrivait l'intendant d'Aine au Contrôleur général des Finances en 1772, les Navarrais regardent ces impositions « non comme des contributions forcées, mais comme des engagements d'honneur et solidaires ». Les principes étant saufs les États acceptaient les exigences de la solidarité nationale.

Mais à la donation accordée au roi, s'était ajouté en 1643, une contribution pour la subsistance des troupes, puis, à partir de 1695, l'abonnement aux nouvelles contributions que les pays d'États, bien que non consultés, furent bien obligés d'accepter. La somme forfaitaire annuelle demandée par le roi était communiquée par l'intendant au syndic qui en informait les États dès le début de leur réunion. Il leur demandait aussi souvent des sacrifices pécuniaires pour les «affaires extraordinaires» et ajoutait aux impôts royaux divers subsides destinés à subvenir aux dépen-

ses de la généralité. Enfin, les États prévoyaient aussi des contributions qu'ils levaient de leur propre autorité pour faire face aux frais de leur administration, mais qui était étroitement contrôlée par l'intendant, afin qu'elles ne nuisent pas au fisc royal. L'état des impositions dressé par des commissaires du tiers-état et obligatoirement signé par l'intendant, était remis au trésorier en vue du recouvrement. La Basse Navarre jouissait d'une réelle autonomie financière, assurant la répartition et la perception des impôts.

Les États profitaient du vote de la «donation» au roi pour présenter au commissaire chargé de les réunir, le cahier de leur griefs qui avait été adopté article par article en séance plénière. Ce cahier contenait des requêtes d'intérêt général, mais aussi des remontrances pour demander réparation des atteintes portées à leurs privilèges.

Mais dès 1623, les lettres de commission ne contenaient plus le pouvoir du commissaire de répondre aux griefs avant le vote de la donation. Lorsqu'il y avait atteinte à la constitution du pays, les États étaient contraints d'envoyer, à grands frais, une délégation à Versailles où le cahier était remis personnellement au roi, il était étudié par les bureaux des ministères compétents et par le Conseil, ce qui durait plusieurs jours. Mais les réponses aux cahiers, arrêtées en Conseil en présence du roi, ayant un caractère définitif et irrévocable, les Navarrais ne se déplaçaient guère. Finalement, le cahier des États devint une simple formalité.

Lorsque les États avaient une revendication importante à soumettre au roi ou à son Conseil, ils chargeaient le syndic de transmettre leur requête à l'agent qu'ils entretenaient à Paris et qui allait s'en occuper sur place. Mais ils avaient perdu le droit d'avoir la réponse royale à leurs griefs avant le vote du don gratuit.

Les Navarrais ne furent pas plus heureux dans leur fonction législative. Leurs coutumes furent rédigées sur ordre d'Henri IV de France par une commission nommée par le roi, selon une procédure fort différente de celle qui avait été suivie au XVI^e siècle et qui respectait le caractè-

re populaire de la coutume. Le For de Basse Navarre, publié en 1611, fut rédigé par des commissaires du roi et les coutumes furent dénaturées. Le serment du roi, à son avènement, de respecter les libertés et privilèges des Navarrais n'y figurant pas, les Navarrais refusèrent de le reconnaître et adressèrent à plusieurs reprises, en 1622 et en 1634, des remontrances au roi. Il fallut attendre 1622 pour que le For soit enregistré par la chancellerie de Navarre et 1645 pour qu'il soit imprimé.

Par ailleurs les règlements proposés par les États, concernant l'administration au sens large du pays et notamment d'éventuelles modifications du For, devaient être approuvés par le commissaire du roi et n'étaient exécutoires qu'après leur enregistrement au parlement de Navarre siégeant depuis 1624 à Pau. Or la Cour de Pau engagea contre le pouvoir réglementaire des États une lutte qui atteint son paroxysme en 1743. Le roi, lassé des continuelles plaintes des États, leur enleva, par arrêt du Conseil du 21 décembre 1748, le droit de faire « aucunes loix, statut ny réglemens », ne leur laissant que la possibilité d'insérer dans leur cahier des projets sur lesquels il aurait personnellement en son Conseil à statuer. Désormais, les règlements des États n'avaient de caractère obligatoire qu'après avoir été approuvés par un arrêt du Conseil du roi. Dès lors le cahier des États ne contenait plus que les griefs ou doléances traditionnelles pour le maintien de leurs privilèges dont les États de Navarre usèrent largement. Les règlements eux, étaient soumis au Conseil du roi, sous l'aspect de requêtes en homologation.

Les États avaient donc perdu jusqu'à leur pouvoir réglementaire. La Basse Navarre, qui se disait toujours « Royaume de Navarre », ne pouvait donc plus se présenter, malgré ses prétentions, comme un royaume distinct, lié à la France par la seule communauté de souverain. Elle était intégrée dans l'organisation administrative française, étroitement contrôlée par le roi et ses agents.

Mais la Basse Navarre était morcelée en plusieurs subdivisions, sept pays ou vallées: pays d'Arberoue, d'Ostabaret, d'Ossès, de Cize, de Mixe, vallée

de Baïgorry, trilogie Armendaritz-Iholdy-Irissary, et cinq villes: Saint Jean Pied de Port, Saint Palais, Garris, La Bastide-Clairence et Larceveau.

La Châtellenie de Saint Jean Pied de Port correspondait à l'ancienne sixième merindad du Royaume de Navarre et comprenait la vallée de Baïgorry, Saint Jean Pied de Port, le pays de Cize et la trilogie Armendaritz-Iholdy-Irissary. La Châtellenie et les quatre autres pays avaient chacun leur Cour générale et leurs assemblées paroissiales, leur syndic, leur milice et leur justice de premier degré, dont l'organisation était demeurée traditionnelle, semblable à celle du Labourd, avec une différence pour la composition des assemblées ; les nobles pouvaient y participaient mais sans prépondérance ni droit de vote, sinon comme simple maître de maison.

Les villes étaient autonomes, avec une assemblée générale de tous les maîtres de maison, le dimanche, après la messe, qui avaient le pouvoir de décision et un exécutif : le Corps de Ville ou Jurade, 4 à 6 jurats selon les villes, appelés consuls à Labastide – Clairence, le premier jurat faisant office de maire.

Notons que les terres seigneuriales faisaient exception à cette organisation: le Comté de Luxe qui correspondait à un seul village, la Baronnie de Sorhapuru de même, la Baronnie de Lantabat qui comprenait quatre paroisses, les terres relevant des Gramont, Souverains de Bidache, Utziat et Harambeltz en Ostabaret qui faisaient partie de prieurés.

Si la politique des Bourbons était parvenue à assimiler la Basse Navarre aux autres provinces françaises qui avaient le statut de pays d'États et à normaliser aussi les États de Soule qui n'étaient plus, depuis 1730, qu'un organisme fantôme entièrement soumis à l'autorité royale, il avait délaissé des petits pays demeurés rebelles et difficiles à domestiquer, en dépit des efforts de ses agents, en particulier des intendants.

Cependant, le roi, Justicier suprême, qui avait juré, lors du sacre, d'assurer la paix et la justice au clergé comme au peuple, devait respecter ses

engagements et conserver autant que possible les particularismes légitimes. Sa politique demeurait néanmoins, centralisatrice, agissant souvent d'une manière insidieuse, plus de biais que de front, laissant agir ses agents qui avaient tout bénéfice à soutenir la politique royale.

À la fin de l'Ancien Régime, cette politique centralisatrice fit l'objet de vives critiques, surtout de la part des officiers, propriétaires de leur charge depuis 1604, concurrencés par les commissaires, nommés et étroitement dépendant du pouvoir central, et aussi de la part des parlements composés d'officiers et qui étaient concurrencés par les arrêts du conseil exécutoires sans l'intervention des parlements.

L'omnipotence royale présente tant dans la conception du Pouvoir que dans son exercice était très critiquée d'autant plus que dans tous les domaines, l'organisation de l'État monarchique, archaïque, n'avait guère évolué et devait être réformée. Cette situation était surtout ressentie par l'élite bourgeoise, la plus nombreuse et la plus instruite.

Une révolution intellectuelle secoua, au XVIIIème siècle, tout l'ordre établi. Dans ce vaste renouvellement de la pensée, les philosophes prirent la première place, ainsi que les physiocrates dans le domaine économique. Tant le poids que la diffusion de ces idées furent considérables. Des quantités d'écrits de toutes sortes virent le jour. Les premières gazettes quotidiennes intervinrent aussi dans la formation de cette opinion publique. Des auteurs, tels que Fénelon et Montesquieu louaient la nature de corps intermédiaires naturels qu'avaient les pays d'états et autres pays autonomes. Ces écrits donnaient lieu à des discussions et des débats dans les salons, les clubs, les cafés... où on pratiquait la lecture publique. Plus d'une cinquantaine d'Académies provinciales répandirent ces idées dans les provinces. De nombreuses loges maçonniques, à partir de la première établie en 1726 à Paris, essaimèrent durant le siècle et propagèrent les idées nouvelles.

Ces critiques et revendications parvinrent à la Cour et le roi Louis XV tenta quelques réformes, mais, trop partielles et trop tardives, elles se sol-

dèrent par des échecs. Pire, elles provoquèrent d'épaisses résistances réactionnaires que Louis XVI fut incapable de vaincre.

Or, la situation générale des pays d'États était meilleure que celle des pays d'élections. Aussi, le marquis de Mirabeau dit l'Ami de l'homme, avait de bonne heure préconisé l'établissement d'assemblées provinciales dans tout le royaume. Son projet avait été repris par Dupont de Nemours en 1775 et mis en œuvre en 1778 par Necker lorsqu'il accepta la Direction générale des Finances. Cette expérience ayant échoué à cause de l'opposition du parlement de Paris et des intendants, farouches défenseurs de la centralisation administrative, elle fut reprise par Calonne, successeur de Necker au contrôle général des Finances et inspira la réforme de 1787. Des assemblées provinciales furent installées dans tout de royaume et commencèrent à fonctionner. Mais survint, le 8 août de l'année suivante, la convocation des États généraux.

La réforme de la structure administrative du royaume avait cependant réveillé, partout en France, l'esprit régionaliste. De nombreuses provinces comme le Dauphiné, par exemple, demandait la restauration des États particuliers disparus. Et tous les pays d'États défendaient leur régime privilégié. En Labourd, les membres du tiers-état, dans l'article 47 de leur cahier des doléances rédigé pour les États généraux, affirmaient qu'«ils se trouvent assez bien de ce régime; ils craindraient d'en changer». Les Souletins réclamaient l'abolition des lettres-patentes de 1730 qui avaient mis fin au Silviet et la reconnaissance de leurs privilèges. Quand aux Navarrais, après avoir refusé d'obéir à la convocation royale sous prétexte que la Navarre n'était pas une province du royaume de France, mais un royaume indépendant, ils envoyèrent une délégation vers le roi pour lui présenter leur cahier des griefs, dans lequel ils demandaient réparation de tous les empiètements que le roi et ses agents avaient fait subir à leurs privilèges depuis 1620 et la reconnaissance de l'indépendance de leur royaume.

Mais les États généraux, réunis en 1789, étaient composés en grande partie d'aristocrates et de bourgeois libéraux, acquis aux idées nouvelles,

et dominés par le parti patriote dont l'un des chefs était l'abbé Sieyès qui condamnait tous les privilèges, «par la nature des choses, injustes, odieux et contradictoires à la fin suprême de toute société politique».

Et la fameuse nuit du 4 août fut voté, y compris par les frères Garat, députés du tiers labourdin, l'abolition de tous les privilèges. En dépit des protestations venues de la province, disparurent le Biltzar, les États de Soule et de Navarre.

Afin de réaliser l'unité nationale, la France fut découpée, de façon géométrique en départements, aussi anonymes que possible, pour «absorber dans la grande partie ce qui restait des anciennes patries provinciales». Par le décret du 4 mars 1790, les trois provinces basques de France furent réunies au Béarn, pour former le département des Basses Pyrénées divisé en six districts, avec Pau pour chef-lieu. La Nation française, une et indivisible, avait englobé les provinces basques, avec leurs institutions et leur autonomie. La traditionnelle démocratie basque fut remplacée par un régime censitaire où seuls les plus riches avaient le droit de vote et une minorité d'entre eux était éligible.

Mais, le 10 août 1792, la revanche populaire des «sans culottes», porta Robespierre au pouvoir. Ce dernier établit le suffrage universel et voulut démocratiser non seulement la propriété, mais la société dans son ensemble. Pour réaliser son projet et pour sauver les acquis de la Révolution menacés, il centralisa au maximum le Pouvoir et fit régner la Terreur. Son parti, celui des «Montagnards» ou «Jacobins», du nom de l'ancien couvent des Jacobins où ils se réunissaient, dominait l'Assemblée. La royauté fut abolie, et, le 21 septembre 1792, la République fut proclamée. Le 21 Janvier 1793, ce fut l'exécution de Louis XVI, ce qui provoqua de nombreuses protestations. La dictature montagnarde ne pouvait accepter d'opposition. Les Montagnards, bien que minoritaires, éliminèrent les opposants, notamment les «Girondins», défenseurs des anciennes provinces. Seuls, les Jacobins au pouvoir imposèrent leurs réformes, toutes centralisatrices. Ils firent régner la Terreur dans les provinces contes-

tataires, notamment au Pays basque, où la guillotine installée sur la place de la liberté à Bayonne et à Saint Jean de Luz fonctionna plusieurs fois. La séculaire démocratie basque avait bien disparu avec toutes les institutions de ces provinces.

Après la chute de Robespierre et de ses amis, le 9 Thermidor an II (7 juillet 1794), le suffrage censitaire réapparut, et aussi, le 18 Brumaire an VIII (9 novembre 1799), un nouveau dictateur en la personne de Napoléon Bonaparte. Si le suffrage universel fut, en principe, rétabli, il était soigneusement affaibli; il s'agissait d'un simulacre de suffrage universel qui aboutissait, comme le régime censitaire, à la désignation de notabilités. Cette France des notables fut celle des régimes qui se sont succédé de 1814 à 1848. Le fossé entre le pays légal et le pays réel se creusa de plus en plus, ce qui provoqua la naissance du socialisme, la fin du régime censitaire et le retour du suffrage universel. Mais la révolution de 1848 fut une révolution manquée. Les notables du défunt régime censitaire s'érigèrent en féroces réactionnaires qui firent échouer toutes les réformes. Face aux entreprises d'une Assemblée réactionnaire, Louis-Napoléon Bonaparte se posa en défenseur du suffrage universel. Ce fut le prétexte du coup d'État du 2 décembre 1851. Napoléon III rétablit le suffrage universel, qui est le notre actuellement, mais avec une sérieuse différence avec le régime démocratique basque, c'est que le mandat de nos députés, à tous les niveaux, est représentatif, ce qui exclut toute consultation populaire. La démocratie basque a définitivement vécu, à moins que?

NOTAS*
OHARRAK*
EXPLANATORY NOTES

* La sección *Notas/Oharrak/Explanatory notes* recoge en este número una serie de trabajos que fueron expuestos en la Octava Jornada Práctica organizada por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, en Bilbao, el día 30 de noviembre de 2009, bajo el título *Planificación sucesoria y libertad de testar en el País Vasco*. Concretamente, corresponden a dicha jornada las notas suscritas por Doña Alkain Oribe Mendizabal y Don Francisco Javier Oleaga Echevarría.

Notas/Oharrak/Explanatory notes izeneko atal honetan, zenbait lan jasotzen dira, eta lan horietatik gehienak Zuzenbidearen Euskal Akademiak antolatutako jardunaldi jakin batean plazaratu ziren. Jardunaldi hori Bilbon egin zen, 2009ko azaroaren 30ean, *Oinordetzaren gaineko planifikazioa eta testamentua egiteko askatasuna, Euskal Herrian* izenburuarekin. Zehatz esateko, jardunaldi horri dagozkio zenbaki honetan argitaratutako ohar bi, hain zuzen ere, Alkain Oribe Mendizabal andreak eta Francisco Javier Oleaga Echevarría jaunak sinatutakoak.

Visión panorámica de la planificación testamentaria en la Comunidad Autónoma Vasca

ALKAIN ORIBE MENDIZABAL

Abogada y miembro de la AVD/ZEA.

En el presente artículo y desde la más pura vocación de sencillez, se intentará mostrar, de forma esquemática, las pautas a seguir para lograr una visión global de los instrumentos jurídicos con los que contamos en los distintos sistemas jurídicos de la CAV a la hora de realizar una planificación testamentaria como operadores jurídicos.

Así, en toda planificación testamentaria, además de conocer las diferentes legislaciones que son aplicables en el territorio en cuestión debemos tener en cuenta dos factores importes: el factor cronológico o temporal y el factor personal del testador que están íntimamente relacionados.

El factor cronológico es un dato de vital importancia a la hora de planificar la sucesión del cliente ya que desde el mismo momento en que dicha persona realiza un acto de disposición de su patrimonio en vida (donación, por ejemplo) está determinando lo que ocurrirá con su herencia sin ser consciente de ello (v.gr. si no señala que una donación no sea colacionable, en un futuro, la misma puede que sea traída a la masa hereditaria).

Así, cuando un cliente nos solicita que le ayudemos a planificar su sucesión, hay que hacerle una serie de preguntas entre las que se destacan, cómo no, lo ya señalado, si en vida ha dispuesto de bienes de forma

gratuita, a favor de quién y de qué manera (por ejemplo, es muy significativo y común lo que ocurre con las donaciones de dinero entre padres e hijos, que se realizan, en general, a golpe de “transferencia” bancaria y sin especificar de forma expresa que ese “regalo” a favor de un hijo no es colacionable con lo que, en un futuro, el donatario se puede encontrar que, si por lo que sea, en la herencia no hay bienes suficientes para pagar la legítima de quien corresponda, el dinero que hace años su madre le dio hay que tomarlo en cuenta para los cálculos particionales). Además, habrá que advertirle, que si posteriormente realiza alguna otra donación mobiliaria o inmobiliaria deberá tener en cuenta si le otorga o no el carácter de colacionable. Por tanto, los actos anteriores y posteriores al testamento pueden afectar a las disposiciones que en el mismo se hayan realizado así que deberemos indagar sobre lo que han hecho antes de ser asesorados y deberemos avisarles que lo que hagan tiene o puede tener consecuencias.

Además del factor cronológico señalado, los factores personales (que también tienen un aspecto temporal, cómo no), son importantes a la hora de realizar una correcta planificación testamentaria. Así, el primer dato a tener en cuenta es la vecindad civil del testador que, como bien conocemos, es un elemento móvil que habrá que intentar, por seguridad jurídica, petrificar en la medida de lo posible para evitar que la sucesión que hoy se planifica quede sin efecto porque el testador cambie de residencia. El artículo 9.8 del Código Civil la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento y este dato resulta de vital importancia máxime cuando existe una creencia errónea generalizada de que cuando se otorga un testamento éste resulta válido para siempre en toda su extensión ocurriendo, en algunos casos, que el testador cambia de domicilio y por virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de dicho cuerpo legal, por el transcurso de 10 años se adquiere la vecindad del lugar en el que efectivamente se resida.

Por ejemplo en Bizkaia, según en qué población viva o haya vivido el testador se podrán utilizar unos u otros instrumentos jurídicos para otorgar su testamento y, desde luego, los mismos pueden quedar inutilizados si se va vivir a otro lugar. El claro ejemplo es el de la persona que en su juventud emigró de su tierra y recaló en, pongamos por caso, Barakaldo, y cuando se jubila se vuelve a su tierra (pongamos Extremadura) y permanece en ella, felizmente, hasta su muerte. Si durante su estancia en Barakaldo hizo testamento, como vizcaíno aforado que era ya que llevaba residiendo más de 10 años continuados en el municipio, y apartó a un hijo y posteriormente fallece en Badajoz tras 15 años de feliz regreso ese apartamiento quedará sin efecto porque ya ha dejado de ser vizcaíno aforado el causante, por más de 10 años viviendo de nuevo en su tierra.

Como vemos, debemos conocer cuál es la vecindad del testador (siguiendo las pautas del artículo 14.5 del Código Civil) conociendo cuántos años lleva viviendo en su domicilio. Si lleva más de 2 años en la población que sea y nos interesa que se acoja a esa legislación (pongamos por caso Sopelana) le recomendaremos que acuda al registro civil de la localidad y realice una comparecencia manifestando que desea adquirir la condición de vizcaíno aforado y conservarla de modo que, hecho esto, ya pueda cambiar de domicilio cuantas veces desee porque ha petrificado su vecindad para siempre. Lo mismo si lleva menos de 10 años en un población de la que no quiere adquirir su vecindad porque no le interese su legislación (por ejemplo el baracaldés que vive en Bilbao quiere seguir sometándose al ordenamiento civil foral) le recomendaremos que acuda al registro civil de su domicilio y manifieste que desea conservar su condición de vizcaíno aforado (por defecto y por estos misterios de la burocracia, en el formulario de los registros aparecerá también adquirir, aunque no resulte muy ortodoxo puesto que se adquiere una vecindad u otro por virtud del lugar de nacimiento y por residencia, no por comparecencia).

Para rematar la bondad de las comparecencias en cuanto a la seguridad jurídica que las mismas generan, hay que acordarse que dichas actuaciones se deben inscribir en la partida literal de nacimiento, al margen de la misma, por eso, cuando en otra parte de nuestro trabajo que no es planificar pero que sí es gestionar una herencia hay que pedir la partida de nacimiento del causante para ver si su vecindad originaria, bajo la cual otorgó el testamento que figura como último y válido, se modificó o la mantuvo por voluntad expresa.

Además no debemos pasar por alto que, cuando se planifica un testamento en Bizkaia que, como bien se conoce, existe una dualidad de legislaciones, la del territorio histórico, que se rige por el derecho civil foral vizcaíno y la de la parte no aforada de las 14 villas que se rige por el Código Civil en las materias reguladas por la ley foral. Concretamente, el artículo 7 de la Ley del 92 señala que esta parte no aforada será la formada por el perímetro actual del núcleo urbano originario y el suelo contiguo al mismo que esté calificado como urbano al tiempo de la entrada en vigor de la nueva ley civil. Y para mayor seguridad jurídica, la disposición adicional preceptuaba que los ayuntamientos de estas villas y ciudades debían remitir a las Juntas Generales de Bizkaia los planos en los que se determinaba cuál era el suelo urbano a la entrada en vigor de la ley (y esos planos son los que, con mayor o peor fortuna figuran en la web de bizkaia.net).

Es por tanto en Bizkaia un dato importante no sólo la vecindad civil sino la misma en conexión con el domicilio en concreto en el caso en que nuestro cliente sea habitante de una villa (habrá que preguntarle dónde y comprobar en qué parte del perímetro citado se encuentra su vivienda).

Conocido el dato (que a veces no es fácil) de la vecindad del cliente (y procurando que nada la altere, haciendo las comparecencias oportunas ante el registro civil de su domicilio) y conocido qué ha hecho con

su patrimonio antes de estar en nuestro Despacho, sabemos qué legislación aplicar y dentro de ese sistema jurídico elegiremos qué instrumentos jurídicos se adecuan más a las necesidades y deseos del testador.

Aquí, y para ir acabando, haré un repaso somero de las figuras más destacadas ya que mis otros compañeros de mesa entrarán en profundidad a hablar de parte de ellas.

Uno de los instrumentos más habituales y que más gustan a los clientes es el poder testatorio que permite a los cónyuges sentirse amparados, al que fallece porque, amparado en la confianza existe entre ambos, delega en el otro la capacidad de decisión respecto de sus bienes sintiendo, además la tranquilidad de saberle fortalecido en su posición de viudo y al sobreviviente porque, efectivamente ningún legitimario puede pedirle la partición de la herencia dado que hasta que no ejercite el poder testatorio no se va a saber si se es o no heredero.

Este poder se refuerza, generalmente, con el otorgamiento del usufructo universal y vitalicio, con relevación de la obligación de inventario y fianza. NO olvidemos, además, un detalle que hace que una planificación sea plena como, por ejemplo, hacer testamento preventivo para el caso en que no se ejercite el poder y que se determine si se deja sin efecto o no la causa de extinción el poder prevista en el artículo 48.4º, contraer nuevas nupcias el comisario, llevar vida marital de hecho o tener otro hijo no matrimonial (y en los tiempos que corren, donde las vidas se rehacen más que antes, este tema puede crear situaciones no deseadas).

Si no hay matrimonio, pero sí relación sentimental entre otorgante y comisario, y se desea otorgar poder testatorio sin contraer nupcias una buena planificación puede ser recomendar la inscripción como pareja de hecho en el registro existente en el Gobierno Vasco ya que la vigente ley de parejas de hecho equipara a estos efectos la pareja al cónyuge.

Además, una correcta planificación abarca incluso a los momentos posteriores al fallecimiento cuando habría que asesorar al comisario en el momento que haga ejercicio de ese poder testatorio (así, si dispone de los bienes del fallecido en su propio testamento, deberá dar específico carácter de revocabilidad a dicho ejercicio porque si no, aunque pueda modificar su testamento cuantas veces quiera las disposiciones sobre la herencia del poderdante fallecido serán inmutables, y a veces, no caemos en la cuenta de que, aunque nuestro cliente, que nos ha pedido que le ayudemos a hacer su testamento, pueda variar sus disposiciones cuantas veces desee con nuevos testamentos no ocurrirá lo mismo con la herencia de su difunto si no tenemos esta precaución y entonces, no habremos hecho una correcta planificación). Si el ejercicio del poder se realiza en vida, mediante donaciones, de nuevo hay que recordar si le damos o no el carácter de colacionable.

El testamento mancomunado es otra opción cuando se quiere conocer si la otra persona va a variar el contenido de su testamento ya que hay obligación de comunicarle al otro que se ejercita la libertad civil y se hace nueva disposición para caso de muerte (se puede incluso combinar el testamento mancomunado, que es pura forma, con el poder comisario).

La figura del apartamiento es otro de los instrumentos utilizados en la actualidad para favorecer a un descendiente (no necesariamente hijo, puede ser nieto) frente a otros sin que el causante tenga que explicar los motivos ni acreditar causas (algo muy diferente de la desheredación o la indignidad para suceder del Código Civil).

Los pactos sucesorios, con eficacia de presente o postmortem, suponen para los letrados una herramienta jurídica de gran virtualidad para, por ejemplo, organizar la sucesión de patrimonios familiares con evidentes y más que legítimas consecuencias fiscales.

Otro detalle importante a la hora de planificar la sucesión es cerciorarse de que el testador conoce cuál es el régimen económico que rige

su matrimonio y, en tal caso, si fuera comunicación foral, saber que su haber hereditario, en caso de consolidarse el régimen, lo van a componer no sólo la mitad los bienes ganados constante matrimonio sino la mitad de los que tenía antes de casarse o los que ha recibido a título gratuito porque la otra mitad formará parte del patrimonio del viudo cuando se liquide la sociedad matrimonial en las operaciones particionales. Por ello, si quiere hacer legados de inmuebles específicos, por ejemplo (un piso que tenía de soltero pagado a completo), que sepa que la mitad de los mismos serán de su cónyuge supérstite con lo que puede entenderse hecho un legado de cosa ajena por la mitad que no va a componer el haber hereditario. Y si ambos cónyuges están de acuerdo en legar el mismo inmueble a un hijo, por ejemplo, pues que así lo reflejen en sus respectivos testamentos de forma paralela (y ojo, incluso se le puede hacer una

La troncalidad, es otro factor a tener en cuenta en cuanto a la ordenación de los bienes por causa de muerte ya que no se puede dejar en herencia a personas ajenas al grupo de parientes que señala la Ley civil Foral Vizcaína. Por ello, aunque no sepamos qué bienes va a tener en un futuro el sucesor (si heredará o no, por ejemplo, un bien troncal) sí podemos saber cuáles tiene en la actualidad y, por tanto si son o no troncales (teniendo en cuanto la tríada famosa del elemento personal, el territorial y el elemento causal).

Además, cabe hacer mención muy somera al juego que a veces otorgan las reservas (tanto las troncales como las no troncales) y las reversiones.

Y finalizamos recordando que en el territorio de Gipuzkoa, en la institución del caserío y su transmisión hay que tomar una serie de factores importantes que hagan completa la planificación de la sucesión del titular de dicho caserío.

La preterición intencional y el apartamento en la legislación foral de Bizkaia

JULIÁN MARÍA ARZANEGUI SARRICOLEA (†)

Abogado, Magistrado del Tribunal Superior del País Vasco y miembro de AVD/ZEA.

El Grupo de Estudios del Derecho Civil Foral del País Vasco, integrado en el Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, viene realizando interesantes aportaciones al mejor conocimiento de nuestro Derecho Foral, a través del análisis de sus instituciones.

Una de las más recientes cuestiones que está siendo estudiada por el Grupo se refiere a la relación entre la preterición intencional y el apartamento, y sobre esta materia sugiere mi colaboración, lo que verifico con el propósito de que las reflexiones que expongo puedan servir de alguna utilidad para la labor que el Grupo de Estudios realiza.

La cuestión analizada por el Grupo de Estudios se contrae a un supuesto concreto, planteado en los siguientes términos:

El testador, que manifiesta ser de vecindad civil vizcaína, se hallaba casado y tenía dos hijos, uno de ellos de una relación anterior, y otro de su matrimonio actual.

En su testamento, el causante ni siquiera mencionó al mayor de sus hijos y, consiguientemente, no hizo ninguna atribución de bienes a su favor y, después de otras varias disposiciones que no hacen al caso, entre ellas la de otorgar poder testatorio a su esposa, manifestó tener un hijo de su vigente matrimonio y nombró “único y universal here-

dero de todos los bienes que el comisario no hubiere dispuesto, a su citado hijo, sustituido vulgarmente por sus descendientes”.

En el supuesto estudiado nada se dice sobre el régimen económico que regía el matrimonio del causante, por lo que la cuestión que aquí se comenta no alcanza a la materia de los bienes que integran el caudal hereditario del testador.

Y es sobre el planteamiento que se ha recogido como se ha de analizar al problema de la validez del testamento y, en definitiva, el de los derechos que en la herencia del testador pudiera ostentar el mayor de sus hijos.

LA PRETERICIÓN

El Código Civil no expresa el concepto de preterición, cuyo significado parece darlo por supuesto.

Por su parte VALLET DE GOYTISOLO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, 2ª edición, pág. 169) resume el concepto de preterición como “*la omisión de algún legítimo en línea recta cuando no resulte, ni del texto ni del contexto del testamento, que el testador hubiera querido excluirle*”, ya que si se apreciara esa voluntad de exclusión se habría producido, dentro de la normativa del Código Civil, una desheredación injusta.

Los distintos supuestos que consistan en la falta de mención y consiguiente falta de atribución de bienes a un legítimo, o en la mención del legítimo pero sin atribuirle bienes en el propio testamento ni haberlo hecho antes por contrato “inter vivos” o en la atribución de bienes en el testamento o por donación anterior, pero por cuantía inferior a la legítima, podrían dar lugar, según los casos, a la preterición del legítimo, a su desheredación injusta o a su derecho a reclamar el complemento de la legítima.

Uno u otro desenlace derivaría de las circunstancias que, en el caso concreto, resulten al combinar las siguientes situaciones, extraídas de los supuestos que menciona VALLET DE GOYTISOLO:

A) Por lo que se refiere a la persona del legitimario: su mención en el testamento en calidad de pariente del testador; o la absoluta falta de mención; o la mención del legitimario, pero sin expresar su condición de pariente o negándola expresamente.

B) En cuanto atañe a la atribución de los bienes: la absoluta falta de disposición en el testamento a favor del legitimario; la disposición hecha en cantidad inferior a lo que por legítima le corresponda; la existencia de disposición hecha por contrato “inter vivos” a favor del legitimario, pero silenciada en el testamento; la mención en el testamento de haber dado algo al legitimario por contrato “inter vivos”, pero que resulte ser falsa; la disposición de bienes a favor del legitimario en el testamento, pero afirmando que por ley carece de derecho a ella.

En el caso que se comenta y cuyas circunstancias han quedado expuestas al principio, se omite en el testamento la mención a un legitimario, sin que tampoco, nominada o innominadamente, se haga disposición alguna de bienes a su favor, por lo que, si partimos del hecho de que el testador conocía la existencia de su hijo mayor, hemos de concluir que, en cuanto a ese hijo, nos hallamos ante un caso de preterición, que como seguidamente se indica merecerá la calificación de intencional. Por tanto, huelga aquí analizar los demás supuestos que en teoría podrían caber de entre los que genéricamente se han relacionado.

PRETERICIÓN INTENCIONAL Y PRETERICIÓN ERRÓNEA O NO INTENCIONAL

Desde antes de la reforma de 1981 del Código Civil, la doctrina distinguía los efectos de la *preterición intencional* y los de la *preterición errónea o no intencional*, aunque el Código no llegó a recoger su diferente tratamiento.

Con base en la actual redacción del artículo 814 del Código y a los fines de la cuestión que es objeto del presente comentario, nos interesa distinguir, por una parte, los distintos efectos que la ley asigna a la *preterición intencional* y a la *preterición errónea o no intencional*, y por otro lado, la razón de las diferentes consecuencias que el Código establece para cada una de esas dos especies.

A) Por lo que se refiere a los efectos de cada una de las dos especies de preterición, como indica LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil V: Derecho de sucesiones*, pág. 523), en la *preterición intencional* el legislador interpreta la voluntad del testador del modo más favorable a la conservación de sus disposiciones, evitando sólo el perjuicio de la legítima, por lo que el preterido obtendrá únicamente la legítima estricta y, en su caso, la parte del tercio de mejora que no se haya empleado en mejorar.

En cambio, en la *preterición errónea o no intencional*, los efectos son más rigurosos. Si ésta se refiere a todos los legitimarios, se anulan todas las disposiciones de contenido patrimonial; y si se refiere a algunos de los legitimarios, pero no a todos, se anula la institución de herederos y se respetan las mandas y mejoras, en cuanto no sean inoficiosas.

B) Respecto de la razón de estas diferentes consecuencias de la preterición, interpreta LACRUZ que en la *preterición intencional* la ley deja las cosas de igual modo que si el causante, que no puede desheredar a un legitimario y desea darle el mínimo legal, lo hubiera hecho así en su testamento.

En cambio, en la *preterición no intencional* la ley tiene en cuenta la más verosímil y presumible voluntad del causante, y si el testador ignoraba la existencia de todos los legitimarios, manda anular todas las disposiciones de contenido patrimonial (instituciones de heredero y legados); pero si conocía la existencia de algunos legitimarios, aunque no la de todos, anula la institución de heredero, pero respeta las mandas en lo posible.

INFLUENCIA DEL APARTAMIENTO EN LOS EFECTOS DE LA PRETERICIÓN

1. En la legislación foral de Bizkaia, la institución del apartamiento puede llegar a influir, decisivamente y en determinadas circunstancias, sobre los efectos de la preterición, cuando ésta es intencional.

Volviendo a la interpretación que hace LACRUZ, en la *preterición intencional* el Código Civil “deja las cosas de igual modo que si el causante, que no puede desheredar a un legitimario y desea darle el mínimo legal, lo hubiera hecho así en testamento”, pero en Bizkaia ese propósito del testador de excluir de su sucesión a un legitimario, que en el Código habría de ser mediante la desheredación (inviabile, si no hay causa legal para imponerla), es posible y eficaz mediante el apartamiento. Luego parece que las consecuencias de la *preterición intencional* no pueden equipararse y recibir el mismo tratamiento en la aplicación de ambos cuerpos legales. En el Código Civil, la *preterición intencional* puede lesionar la legítima del preterido, cuando éste no estuviera justamente desheredado o cuando lo hubiera sido sin causa legal. En cambio en Bizkaia se habrá de ver si la *preterición intencional* puede tener encaje en el apartamiento, porque en tal caso producirá los efectos de éste.

2. Como se ha dicho, en el Código Civil se hallan claramente diferenciados los efectos de la *preterición intencional* de los efectos de la *preterición errónea o no intencional*.

Sin embargo, en el Fuero su artículo 54 únicamente establece de manera expresa los efectos de la preterición errónea o no intencional, pero no contiene ninguna referencia explícita a la preterición intencional; y teniendo en cuenta que ese precepto regula las facultades que se reconocen al testador para distribuir libremente sus bienes entre los herederos forzosos y para apartar de su sucesión a cualquiera de ellos, esto da pie a que se pueda pensar si esa falta de regulación de la preterición intencional sucede porque en el Fuero la preterición intencional quede embebida en el apartamiento.

Por otra parte, el párrafo tercero del artículo 814 del Código Civil dispone que “los descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos” y, a su vez, el párrafo tercero del artículo 54 del Fuero establece que “los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente”, aplicándose en ambos casos una solución igual, en la que la referencia del Código al descendiente “no preterido” se sustituye en el Fuero por la del descendiente “no apartado”. La comparación entre ambos textos legales podría confirmar la idea de que el Fuero asemeja la preterición intencional con el apartamiento.

Quizá estas consideraciones hayan motivado que ARRIOLA (*El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992 – Cuarta Jornada*, pág. 200) diga que “en el Derecho Foral de Vizcaya, no cabe la preterición intencional, ésta equivale al apartamiento”.

Por su parte, CELAYA (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, Madrid 1997, tomo XXVI, pág. 234) dice que “la nueva L.D.C.F. ... no regula los efectos de la falta de apartamiento, sino los de la preterición, con lo que es claro que ha equiparado las dos instituciones”, para añadir más adelante que “el nuevo artículo 54 deroga, de hecho, el apartamiento como institución peculiar vizcaína, tanto en el aspecto formal, como en cuanto a sus efectos”, si bien después, como luego veremos, matiza estas opiniones.

3. Para hallar el auténtico sentido y alcance del artículo 54 del Fuero Civil, entiendo que no es oportuno recurrir a interpretarlo en combinación con otros preceptos de la misma Ley Foral.

A mi juicio, no procede sacar consecuencia alguna del texto del artículo 65 cuando dispone que, en caso de sucesión deferida en capitulaciones matrimoniales, pacto sucesorio o donación, “el apartamiento deberá hacerse en la forma establecida en los artículos 54 y 57”, para deducir de ello que ese artículo 65 está presuponiendo que estos artículos 54 Y 57 mencionan la exigencia de un requisito de forma para el apartamiento. En primer lugar, porque la referencia que el artículo 65 hace a “la forma

establecida en los artículos 54 y 57” no significa que esté aludiendo a un requisito formal, del que expresamente prescinde el artículo 54, sino que se debe entender en el sentido de su equivalente gramatical del modo o manera indicado en los citados artículos; y en segundo término, porque, siendo el artículo 65 una mera norma de remisión, no cabe concederle el efecto de modificar el sentido del artículo 54, que es el que directa y principalmente regula el modo de hacer el apartamiento y lo libera del empleo de cualquier fórmula especial.

Entiendo que tampoco cabe extraer ninguna consecuencia del artículo 57, párrafo segundo, del Fuero Civil en cuanto dispone que se consideren apartados tácitamente los colaterales tronqueros que no estén nombrados en el testamento, deduciendo de ahí el argumento de que, al no haber en el artículo 54 una regla igual de apartamiento tácito para los sucesores forzosos, la falta de mención de éstos en el testamento debe considerarse irrelevante al objeto de entender si han sido o no legalmente apartados. Porque ese artículo y el 54 regulan distintas situaciones y, mientras el artículo 57 concede los efectos del apartamiento al simple hecho de no figurar nombrado en el testamento el colateral tronquero, el artículo 54 no es que desconozca todo efecto al hecho de haber sido excluido del testamento el sucesor forzoso, sino que lo relaciona con la concurrencia de una clara voluntad de separarlo de la sucesión.

4. El artículo 54 del Fuero Civil contiene en su primer párrafo la norma fundamental sobre distribución de los bienes que integran la sucesión forzosa entre quienes pertenezcan a la línea llamada a suceder, facultando al testador a hacerlo con absoluta libertad, que le permite elegir a uno solo de sus parientes como sucesor en los bienes, apartando a los demás. Todo ello, designación de sucesor y apartamiento de los demás parientes, no está sujeto a más limitaciones que las que determine la libre voluntad del testador.

Esto hacía necesario que la propia ley determinara la forma en la que el testador puede llevara cabo el apartamiento de los sucesores forzosos

no elegidos para que resulte eficaz y a esa determinación dedica el artículo 54 su segundo párrafo.

Dice ese párrafo segundo del artículo 54: *“Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión”*.

En ese texto del párrafo segundo se contienen, a mi juicio, dos reglas, que son las que configuran el modo legal de hacer el apartamiento.

A) La primera de esas reglas, separándose de lo que disponían los precedentes históricos del Fuero Viejo y del Fuero Nuevo y siguiendo una norma igual a la de la Compilación, elimina la necesidad de cualquier formalismo: *“Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento”*.

Es de notar que en esta primera indicación de lo que es el apartamiento, el Fuero Civil habla de la *“exclusión”* del sucesor forzoso. Y aquí se ha de tener en cuenta que la *exclusión* (que es un término común, carente de especial significación jurídica), cuando se refiere a una persona consiste en el simple hecho de relegarla del lugar donde podía o debía figurar o de no mencionarla en ese lugar.

De ahí se puede establecer que la exclusión de un pariente a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 54 del Fuero Civil es un simple hecho y se produce cuando en el testamento no se menciona a ese pariente que tiene la consideración de sucesor forzoso.

B) Sin embargo, para que se produzca el apartamiento, que es una exclusión pero dotada de efectos jurídicos, no basta con el mero hecho de que los sucesores forzosos no hayan sido mencionados en el testamento, sino que, debiendo responder esa falta de mención a una consciente voluntad del testador, ha de ser preciso que exista constancia de esa voluntad. De ahí que el mismo párrafo segundo del artículo 54 requiera que, junto con la exclusión del sucesor forzoso, concurra un elemento intencional, o sea, *“que conste claramente la voluntad del testador*

de separarlos de su sucesión”, porque el hecho de la exclusión no lleva necesariamente en sí mismo esa voluntad de separación.

Por vía de ejemplo, cabe exponer la situación del testador que, teniendo cuatro hijos, menciona en su testamento solamente a tres de ellos, omitiendo toda referencia al cuarto, pero sin que conste que esa omisión se haya producido intencionadamente, tal como si dijera: “*Son hijos del otorgante, Don A, Don B y Don C*”. Y a continuación, en la parte dispositiva, añadiera: “*El testador designa como herederos, por partes iguales, a sus hijos*”, sin especificar si esos hijos designados son todos que tiene el testador o solamente los que ha mencionado en la parte expositiva. Esta inconcreción impediría tener por apartado al cuarto hijo no mencionado en el testamento, porque de los términos que se han recogido no cabe deducir con claridad que exista una voluntad de separarlo de la sucesión.

Como consecuencia de esto, si el apartamiento consiste en la exclusión de un sucesor forzoso, sin necesidad de fórmula especial, pero al mismo tiempo requiere que conste claramente la voluntad del testador de separar de su sucesión al apartado, se impone como conclusión necesaria que, para apreciar si concurre o no esa voluntad del testador, se habrá de valorar todo el contenido de las disposiciones testamentarias para apreciar si del conjunto de ellas se desprende, con la claridad exigible, es decir sin que haya duda racional en contrario, que la exclusión del sucesor forzoso, del que el testador prescindió en su testamento, fue motivada por su voluntad de separarlo de la sucesión.

A este respecto, dice CELAYA (op.cit., pág. 236) que “*conforme al artículo 54 hay también apartamiento cuando la exclusión de un heredero forzoso suponga ‘claramente’ la voluntad de separarlo de la sucesión, por lo que será necesario investigar el contenido del testamento para descubrir si existe dicha intención clara*”.

Con referencia ahora al caso concreto que viene analizando el Grupo de Estudios y cuyos datos figuran al comienzo del presente comentario, hay que concluir que en el testamento de que se trata el hijo mayor del

causante fue excluido por su padre, ya que esa exclusión, como mero hecho, se produjo al no haber sido mencionado en el testamento.

Resulta ahora necesario analizar si, junto con el hecho de estar excluido en el testamento el sucesor forzoso que no fue mencionado, de los términos de las disposiciones testamentarias puede deducirse que existe una clara voluntad del testador de separarlo de la sucesión. Y sobre esta cuestión cobra singular y decisiva relevancia la disposición del testador de nombrar “*único y universal heredero*” al hijo habido de su vigente matrimonio, porque esto implica sin ningún género de duda y como necesaria consecuencia que la designación de heredero *único* supone, por incompatibilidad, que cualquier otro posible heredero queda separado de la sucesión e implica también que la designación de heredero *universal* agota, a favor de ese heredero único, la totalidad del caudal hereditario del testador.

Esta interpretación de los términos del testamento es de necesaria aceptación, porque sólo mediante ella se respeta la voluntad del testador, que es la ley de la sucesión.

Como conclusión de lo expuesto, entiendo que en el caso estudiado el testador separó de su sucesión a su hijo mayor, cuyo nombre omitió mencionar en el testamento, causando su apartamiento, por cumplirse los requisitos legales establecidos para ello.

Reflexiones sobre la planificación sucesoria y libertad de testar en el País Vasco

FRANCISCO JAVIER OLEAGA ECHEVARRÍA

Abogado y Secretario de la AVD/ZEA

Redacto la presente COMUNICACIÓN dado mi deseo de colaborar en la presente Jornada del 30 de noviembre de 2009, organizada por la AVD-ZEA y que versa sobre un tema de tanto interés y, sobre todo, generalizado por afectar a todos los seres humanos.

Todos los seres humanos, al momento del fallecimiento tenemos, pocos o muchos, una serie de pertenencias materiales o inmateriales, que en ese momento dejamos de dominarlas. La pregunta es ¿qué se hace con ellas?

Son diversas las soluciones que a lo largo de la humanidad se ha dado a tal pregunta, dependiendo de variados criterios (culturales, sociales, económicos, etc.).

Desde luego que primeramente debe hacerse la reflexión de si tales pertenencias tienen carácter permanente, posibles de transmisión, o efímero al desaparecer con el propio fallecimiento. Despreocupándonos de estos últimos podemos fijarnos en los permanentes, que son los que se comprenden o tratan en esta Jornada.

¿Quién o quienes se hacen cargo de las pertenencias del fallecido?

El conglomerado social siempre a dado alguna solución al respecto, bien por costumbre, bien por ley.

Eludiendo la costumbre o costumbres que pudieron existir en la antigüedad, las leyes siempre han sido más concretas en sus disposiciones, aunque quizá no siempre cumplidas.

El sistema o contenido de la transmisión de esas pertenencias del fallecido a quienes le sobreviven, ha sido diverso en su formulación y en su adjudicación.

Cuando estudié este tema por vez primera, se me enunciada en las aulas que había dos sistemas extremos: Uno, el de que todas las pertenencias del difunto pasaban al Estado, por estimarse que quedaban abandonadas, y nadie en particular tenía participación en ellas. Otro, el de que todas las pertenencias debía transmitirse a una sola persona, la más allegada al difunto.

El primer sistema era simplemente enunciado pues tenía (y tiene) cierto tufillo de comunista, y no se consideraban sus posibles fundamentos. El segundo daba lugar, ordinariamente, a la primogenitura, el cual sí nos era más explicado en sus fundamentos.

En esta comunicación, despreocupémosnos del primer sistema que curiosamente, se aplica en todas o casi todas las legislaciones, y desde luego sí en la nuestra tanto común (a favor del Estado) como foral (a favor de la Diputación), como subsidiaria de la segunda.

El segundo sistema, el de trasmisión a los allegados al difunto, tiene diversas variantes, pues entre los allegados no sólo se encuentra el primogénito, sino los demás engendrados, (criterio biológico), e incluso también los allegados por amistad, vínculo de convivencia, por agradecimiento, etc. (criterio social).

Supongo que en la Jornada de hoy sobre “Planificación sucesoria y libertad de testar” se expondrán o defenderán los diferentes contenidos de las diferentes normas para ello. Yo sólo quiero hacer unas reflexiones sobre la cuestión.

La finalidad de tales reflexiones se debe a que estando en el ambiente la necesidad de actualizar la Ley 3/1992 del 1 de julio de Derecho Civil Foral del País Vasco, cabe el adoptar alguna modificación a la vigente legislación de testamentifacción, relativo a la existencia o no de legítimas y cantidades de las mismas, y entiendo que para ello debería tenerse en cuenta al ambiente social y jurídico existentes en esta Comunidad.

Al día de hoy existen en la Comunidad Autónoma del País Vasco, tres criterios para regular la transmisión hereditaria de las pertenencias: Uno, el vigente en la Tierra de Aiala (Título I del Libro II, de la ley citada), Otro la concerniente a la Tierra Llana de Bizkaia (Título III, del Libro I), y Otro, el más extendido territorialmente, que es el contenido en el Código Civil. Básicamente el primero admite que el causante disponga libremente de sus bienes, el segundo que disponga obligatoriamente entre sus hijos y descendientes de cuatro quintas partes (amén de supeditarse a la troncalidad), y el tercero que impone al causante a disponer forzosamente, a favor de hijos y descendientes, la cuantía de dos tercios de sus bienes.

Por mi parte reflexiono que no se tiene en cuenta:

- a) la cuantía de la herencia.
- b) el número de hijos o descendientes.
- c) la procedencia de los bienes dejados
- d) quizá la necesidad en que se encuentren los sucesores.

No me cabe duda, que quien ha engendrado a hijos (y éstos a más descendientes) deberá preocuparse y obligarse a alimentarlos y formarlos; pero el número de aquellos supone una eficacia diferente para cada uno de ellos, partiendo de la misma cantidad total a adjudicarse. Mucho menos me parece lícito que quien haya engendrado hijos se despreocupe de ellos, al menos mientras sean menores o incapacitados, y trasmita

la sucesión de todos los bienes a personas extrañas, dejando a cargo de terceros (v. g. el Estado) el mantenimiento de ellos, es decir el derecho de alimentos, que tan unido va a la planificación sucesoria.

Así mismo entiendo que la disposición del causante pueda estar diferenciada por el título de adquisición de los bienes, ya que sobre los recibidos, a su vez, gratuitamente, no ha intervenido activamente en su adquisición (lo que permitiría que se le impusiera la carga de “fiducias”) mientras que en los adquiridos onerosamente debería tener más disponibilidad.

Por lo dicho, expongo que:

- 1.- Sería más acertado que en los casos de legítimas forzosas se impusieran cuantificaciones por cada beneficiario de ellas, y no en razón de ser siempre un único el causante.
- 2.- que quizá fuera más acertado que los bienes adquiridos onerosamente por el causante pudieran ser distribuidos o transmitidos más libre o liberalmente, que los recibidos gratuitamente.

Igualmente considero que toda legislación ha de ser clara, concreta, coherente y que tenga por finalidad el bien común general, y, por lo tanto, a estos conceptos debería acomodarse la posible y necesaria nueva legislación del País Vasco.

Tras tales reflexiones sí quiero dejar constancia del acierto indiscutible del Anteproyecto de la Ley de Derecho civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco presentado por la AVD-ZEA (contenido en el boletín número extraordinario IV de fecha Junio de 2007), en cuya culminación deberíamos contribuir todos, ya que efectivamente a) por un lado respeta las peculiaridades de la Tierra de Aiala, respecto a una libertad total testamentaria, aunque ciertamente el uso concreto de la misma se ha encuadrado en las limitaciones de los otros dos sistemas legislativos del País Vasco; Igualmente respeta la troncalidad en la Tierra Llana de

Bizkaia y así mismo respeta la legítima conjunta de los hijos y descendientes en la zona de aplicación del Derecho Común; y b) por otro lado (en su TÍTULO II, LIBRO II) tiende a esa similitud legislativa para toda la Comunidad de Euskadi, de primar la libertad de testar del causante, pues libera la distribución cuantitativa entre los herederos forzosos, en el caso de los titulares de Derecho Común, y disminuye la cuantía de la herencia forzosa respecto a los vizcaínos del Infanzonazgo.

Como COLOFÓN de todo lo expuesto insistiría en que todos los ciudadanos en vez de filosofar sobre el título de esta Jornada de PLANIFICACIÓN Y LIBERTAD DE TESTAR, practicáramos su formulación y otorgáramos testamento o disposición similar para con ello atender el consejo o apoyo que para la recepción del Sacramento de Confesión, en el examen de conciencia se recoge en el catecismo Astete – Vilariño¹ la pregunta “¿Has hecho testamento y dejas arreglados tus negocios de suerte que no haya después disensiones?”.

¹ (Devocionario popular) Pág. 46 edición 46ª, año 1947, (Bilbao) por El mensajero del Corazón de Jesús.

Europaren babesak Euskal Ekonomi Itunarentzat

*(Europako Erkidegoetako Auzitegiak 2008ko irailaren
11n eman zuen epaiari eginiko iruzkinak)*

ALBERTO ATXABAL RADA

Finantza eta tributu zuzenbideko irakaslea. Deustuko Unibertsitatea.

SARRERA

Arazo guztiaren jatorria Auzitegi Gorenak emandako epaia izango litza-teke. Epai horrek, jurisprudentzia eratu ez badu ere, interpretazio oso zalantzagarririk ezarri zuen Europako Erkidegoetako Zuzenbidearekin bateragarri ez diren Estatu-laguntzen gainean, batik bat, laguntzei buruzko arauak nola aplikatu behar diren zehaztu zuenean. Epaiak, Ekonomi Itunaren sistemak Lurralde Historikoen mesedetan agindu dituen araugintzako eskumenak ere, kolokan jarri zituen. Konstituzioaren lehenengo xedapen gehigarriaren arabera, Euskal Autonomia Erkidegoko Autonomia Estatutuaren 41. artikulua arabera eta Ekonomi Itunaren Legearen arabera, Lurralde Historikoen erakunde eskudunek, bakoitzak bere lurraldean, tributu-araubidea mantendu, ezarri eta arautzeko ahalmena izango dute, lege horiek ezarritako mugak errespetatuz gero. Mugak Ekonomi Itunak berak¹ zehaztu ditu. Era berean, tributu itun-

¹ **Ekonomi Itunaren 2. artikulua. Printzipio orokorrak**

Bat. Lurralde historikoek ezarritako tributu-sisteman honako printzipio hauek bete beharko dira:

Primero: Elkartasunari begirunea zor zaio, Konstituzioan eta Autonomia Estatutuan zehaztutako moduan.

Segundo: Estatuko zergen egitura orokorra kontuan izan behar da.

duak ordainaraztea, kudeatzea, likidatzea, ikuskatzea, berrikustea eta biltzea Foru Aldundiei dagokie. Horiek horrela, Auzitegi Gorenak 2004ko abenduaren 9an emandako epaiak Lurralde Historikoen araugintza-eskumenen kontra zuzen-zuzenean eraso zuen. Auzitegi Gorenaren epai horren bidez, Arabako, Bizkaiko eta Gipuzkoako Sozietateen gaineko Zergaren foru-arauetako artikulua batzuk deuseztatu ziren, foru-arauketaren eta Estatuko legearen artean diferentziak zirelako eta, Auzitegiaren aburuz, diferentzia horiek Europako Erkidegoetako Zuzenbidearekin bateragarri ez diren Estatu-laguntzak zirelako.

Tercero: Estatuarekiko koordinazioa, tributu-sistemen harmonizazioa eta lankidetzaz sustatu behar dira, Ekonomi Itun honetako arauak betez.

Cuarto: Lurralde Historikoetako erakundeen arteko koordinazioa, tributu-sistemen harmonizazioa eta elkarrekiko laguntza, Eusko Legebiltzarrak helburu horiek betetze aldera ematen dituen arauak betez.

Quinto: Estatu espainiarrak izenpetuta eta berretsita dituen nazioarteko tratatu edo hitzarmenen menpe egongo dira lurralde historikoak, eta gauza bera gertatuko da gerora beste halakoren bati atxikitzen bazaio.

Bereziki, lurralde historikoetako tributu-sistemak bat etorri behar du zergapetze bikoitza ekidite aldera Espainiak sinatutako nazioarteko hitzarmenetan eta Europar Batasunak harmonizazio fiskalari buruz emandako arauetan xedatutakoarekin, eta, hala badagokio, hitzarmen eta arau horiek aplikatzearen ondorioz itzulketak egitea bere gain hartu behar du.

Bi. Tributuei buruzko Lege Orokorrean tributu-arauak interpretatzeko ezarritakoaren bidetik interpretatu behar dira Ekonomi Itun honetako arauak.

Ekonomi Itunaren 3. artikulua. Harmonizazio fiskala

Tributu-arauak sortzeko orduan, Lurralde Historikoek:

- a) Terminologia eta kontzeptuak Tributuei buruzko Lege Orokorren arabera egokitu behar dituzte, Ekonomi Itun honetan ezarritako berezitasunak kontuan hartu behar badira ere.
- b) Benetako presio fiskal orokorra Estatuko gainerako lekuetan dagoenaren parean mantendu behar dute.
- c) Pertsonen kasuan, Espainia osoan zehar mugitzeko eta edonon geratzeko askatasuna errespetatu eta bermatu egin behar dute, bai eta ondasun, kapital eta zerbitzuen kasuan, horiek mugitzeko askatasuna ere. Ezin da, beraz, bazterketarik gertatu; ezin da enpresen arteko lehia murriztu ezta baliabideen asignazioan distortsiorik ere eragin.

Deuseztatu ere, 2004ko abenduaren 9an Auzitegi Gorenaren Administrazioarekiko Prozeduretako Salak emandako epaiak zenbait manuren jatorrizko idazketa deuseztatu zuen, hain zuzen ere, Arabak, Bizkaiak eta Gipuzkoak 1996an onetsi zituzten Sozietateen gaineko Zergaren foru-arauetako zenbait manurena. Epaiak hamalau artikulua edo artikuluetako zatiak deuseztatu zituen; horiek horrela, eta zergaren arauketaren luzera aintzat hartuta, pentsa liteke deuseztatzea ez zela horrenbesteko izan, artikulua batzuk deuseztatu baziren ere. Artikulu deuseztatuak, alabaina, zergaren Estatuko arauketarekin alderik zutenak

d) Jardueren sailkapenak direla-eta, abeltzaintza, meatzaritza, industria, merkataritza, zerbitzu, lanbide eta arte arloetan, lurralde erkidean erabiltzen den sailkapen berbera erabiliko dute, nahiz eta sailkapen horiek banakatzeko aukera eduki.

Ekonomi Itunaren 4. artikulua. Elkar-lanerako printzipioa

Bat. Lurralde historikoetako erakunde eskudunek Estatuko Administrazioari ezagutaraziko dizkiete tributuen arloko arauen proiektuak, xedapenok indarrean jarri baino behar besteko denborarekin.

Estatuko Administrazioak ezagutarazpen berbera egin behar die lurralde historikoetako erakundeei.

Bi. Nazioarteko akordioek Ekonomi Itun hau aplikatzeko orduan inolako eraginik baldin badute, akordio horietan Euskadiko erakundeak Estatuarekin elkar-lanean aritzeko behar diren bideak jarriko ditu Estatuak.

Hiru. Estatuak eta lurralde historikoek, tributua kudeatu, ikuskatu eta biltzeko eskumenean gainean haiei dagozkien eginkizunak betetzean, tributua horiek hobeto ordainarazteko beharrezkoak zaizkien datu eta aurrekari guztiak emango dizkiote elkarri, behar diren garaian eta eran.

a) Hain justu, administrazio batak eta besteak:

Beharrezkoa duten informazio guztia emango diote elkarri, datuak prozesatzeko zentroen bitartez. Horretarako, beharrezkoa den elkarren arteko komunikazio teknika abiaraziko dute. Urtero, tributua-mailako informatika-plan koordinatua egingo dute elkarrekin.

b) Ikuskaritza-zerbitzuek elkarrekin ikuskapen-planak egingo dituzte, hautatuko diren helburu, arlo eta prozedura koordinatu jakin batzuen gainean; bai eta egoitza aldatu duten zergadunen gainean, gardentasun fiskalaren araubidepeko erakundeen gainean eta Sozietateen gaineko Zergan eragiketa-kopuruaren arabera zerga ordaindu behar dituzten sozietateen gainean ere.

ziren². Beste hitzetan esanda, Sozietateen gaineko Zergaren arauketatik deuseztatu ziren Estatuko legearen eta foru-arauketaren artean ezberdinak ziren zatiak eta indarrari eusten diote Estatuko legean berdinak ziren zatiek. Epaitik atera dezakegun ondorioa da Sozietateen gaineko Zerga Espainian bateratu behar dela, eta foru-lurraldeetan ezin dela beste arauketa bat sortu ala, halakorik sortu nahi bada, aukera hori izugarri murriztu behar dela.

Ildo horretatik, epaiaren ondorioei erreparatuz gero, Ekonomi Itunarentzat lazarriak izan daitezkeen zehaztapen bi ezarri dira, besteak beste. Alde batetik, errekurtsioa jartzeko legitimazio aktiboa gehiegi zabaldu da. Enpresaburuaren elkarteek eta sindikatuek ere xedapen orokorren aurkako errekurtsioak jar ditzakete foru-arauen kasuan, baina legitimazio bera ez lukete izango Konstituzio Auzitegiaren aurrean legean aurkako errekurtsioa jartzeko. Beste alde batetik, Estatuko zergaren arauketarekin alderatuz gero ezberdinak diren foru-arauketaren manuak legearen aurkakoak direla adierazi dira, Europako Erkidegoetako Zuzenbidearen aurkako Estatu-laguntzak baitira.

Epaiaren lehenengo zehaztapenari dagokionez, azken aldian Ekonomi Itunaren «blindaje»ari buruz ari gara³, legitimazio aktibo zabalegiari

² Orain arte esandakoa gorabehera, ez ziren hamalau artikulua deuseztatu. Epaiaren ondorio deuseztatzaileak 1996tik aurrera idazketa berria izan ez zuten artikulua deuseztatu edo artikuluetako zati deuseztatu gainean soil-soilik gertatu ziren. Manu horietako zati batzuk edo manuak eurak ez ziren, horrenbestez, deuseztatu, epai deuseztatzaileak ondorioak sortu zituenerako manu horien indarreko idazketa 1996 baino geroko foru-arauak ezarri zutelako, eta manu horien geroko idazketaren aurka ez zelako errekurtsorik jarri izan. Nolanahi den ere, 1996 ondoren zergaren osagai batzuk ez ziren aldatu izan eta, ondorenez, deuseztatu egin ziren, besteak beste, %32,5ko karga-tasa orokorra, aktibo finko material berrietan eginiko inbertsioen %10eko kenkaria kuota likidoaren gainean, edota ekoizpen-inbertsioetarako eta/edo ingurumena artatu eta hobetzeko jardueretarako edo energia aurrezteko erreserban sartutako kopuruen %10eko kenkaria kuota likidoaren gainean.

³ ETXEBERRIA MONASTERIO, J.L., «En defensa del “blindaje” de las Normas Forales tributarias», *Forum Fiscal de Bizkaia*, 6. zk., 2008, 25-29. or.

erantzuteko asmoz. Gorago esan dugunez, gaur egun lurralde bateko sindikatuak Sozietateen gaineko Zergan beste lurralde batean indarrean den karga-tasa orokorraren aurka egin dezake. Agidanez, «blindaje» hitza erabili bada ere, ez dira Lurralde Historikoek emandako arau fiskalen gaineko kontrola edo ezagutza auzitegien eskumenetik kendu nahi. Helburua bestelakoa da, alegia, arau horien gaineko auziak Konstituzio Auzitegiaren mende uztea⁴, eta ez jurisdikzio arruntaren mende, orain arte egin izan den moduan. Tamalez ezin dugu arazo korapilatsu horretan sakondu gure lanaren eremua gaindituko bailitzateke.

Epaiaren bigarren zehaztapenari dagokionez, hots, Europako Erkidegoetako Zuzenbidea dela-eta Lurralde Historikoen araugintza-eskumenek izan ditzaketen mugei dagokionez, euskal erakundeek bi arlotan erantzun zioten Auzitegi Gorenaren epaiari aldi berean. Hasteko, prozedura edo auzitegien arloan, Auzitegi Gorenaren epaiaren aurka deuseztasun-intzidentea aurkeztu zuten, baina ez zuen aurrera egin. Jarraian, Konstituzio Auzitegiaren aurrean babes-errekurtsoa jarri zuten bi arrazoitan oinarrituta: batetik, Konstituzioaren 24. artikuluko benetako babes judiziala lortzeko eskubidea hautsi zelako (errekurtsoa ez zen onartu Auzitegi Gorenak deuseztasun-intzidenteak ebatzi gabe zituelako une hartan eta, ondorioz, auzitegi-tako bidea agortu gabe zegoelako, azken hori agortu behar baita babes-errekurtsoa aurkeztu ahal izateko).

⁴ Guztiok badakigu irtenbide hori arriskuz josita izan daitekeela. Dena den, irtenbide horren alde oinarrizko arrazoi bi aurki ditzakegu. Lehenik eta behin, foru-arauen aurka-errekurtsoetan legitimazioa murriztu nahi da, horrela epe laburrean konponduko lirateke legitimazio aktiboaren inguruan izan ditugun arazoak. Bigarren arrazoi, eta era berean garrantzitsua, Lurralde Historikoen foru-arauen izaerari dagokio, hots, foru-arauak eta Gorte Nagusietako legeak berdinak izan beharko liratekeela. Ez dago ulertzerik, esaterako zergaren karga-tasaren gainean, Estatuko Sozietateen gaineko Zergari buruz Gorte Nagusietan onetsitako xedapenak eta foru-lurraldeetako Sozietateen gaineko Zergari buruzkoak zergatik bi auzitegi ezberdinek epaitu behar dituzten eta bi prozedura-mota ezberdinak erabilita. ALONSO ARCE, I., «¿Es una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo la solución a la situación actual del Impuesto sobre Sociedades en el País Vasco?», *Forum Fiscal de Bizkaia*, 8. zk., 2006, 28. or.

Eta bigarren arrazoiari dagokionez, Konstituzio Auzitegiak 58/2004 epaian ezarritako aurrekaria hartu zen oinarri; modu horretara, Europako Erkidegoetako Tratatuaren 234. artikulua aplikatuz, halako epaian, Konstituzio Auzitegiaren aburuz, Europako Erkidegoetako Auzitegiaren aurrean epaitu aurreko arazoa aurkeztu behar zen Tratatu interpretatu behar zuena Estatuko azken auzitegia bazen, hots, Auzitegi Gorena bazen (hala ere, Konstituzio Auzitegiak ez zuen arrazoi hori ere onartu epaitu aurreko arazoa ez zelako aurkeztu behar gaiaren gaineko interpretazioa argia eta garbia bazen, hau da, auzitegiak zalantzarik ez bazuen).

Eta beste alde batetik, araugintzaren arloan erantzuna ere izan zen, foru-erakundeek berriro arautu behar izan zituztelako 2004ko abenduaren 9ko epaiak deuseztatu zituen xedapenak. Lehendabiziko unean, epaiak indargabetu zuen idazketa berarekin 2005erako arau berriak onetsi ziren⁵, %32,5ko karga-tasa orokorra horien artean. Xedapen horien aurkako errekursoak jarri zituzten Errioxako eta Gaztela eta Leongo autonomia-erkidego mugakideek eta Errioxako Unión General de Trabajadores sindikatuak, Auzitegi Gorenak emandako 2004ko abenduaren 9ko epaia betearazteko prozeduran zehar. Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiak, hasiera batean manu horien idazketa berria kautelaz eten bazuen ere, jarraian manuak deuseztatu zituen, manuok itxuraz bete nahi zuten epai hori betetzen ez zutelako⁶.

Sozietate-ekitaldia egutegiko urtearekin bat duten erakundeen kasuan, Sozietateen gaineko Zergaren sortzapena gertatzeko eguna hur-

⁵ Arauak honakoa dira: Arabako 2/2005 Zerga-presako Dekretu Arauemailea, maiatzaren 24koa; Bizkaiko 7/2005 Foru Araua, ekainaren 23koa; eta Gipuzkoako 32/2005 Foru Dekretua, maiatzaren 24koa.

⁶ Xedapen orokorrak kautelaz etetearen aurka eta epai deuseztatzaileen aurka euskal erakundeek errekursoak jarri zituzten Auzitegi Gorenaren aurrean. Europako Erkidegoetako Auzitegiaren aurrean epaitu aurreko arazoa aurkeztu eta gero, Auzitegi Gorenak kautelazko etetea ezerezean utzi zuen, Luxenburgoko Auzitegiak bere iritzia plazaratu arte.

bil zegoela, foru-erakundeek 2005eko abenduaren azkenetan⁷ onetsi zituzten 2005eko ekitaldirako Sozietateen gaineko Zergaren likidazioan erabiliko ziren karga-tasa orokorrak. Arauketa berri horren aurka errekurtsioak jarri zituzten lehengo eragile berberak, oraingo honetan ere foru-erakundeek onetsi berri zituzten manuen kautelazko etetea eta deuseztasuna eskatzeko.

Edozein kasutan ere, ordurako egoera aldatu zen eta Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiak kautelazko neurrien eta geroko deuseztasunen egokitasuna zalantzan jarri zuen⁸. Une hartan eza-gutu ziren Azore uharteetako auzian Geelhoed jaunak, Abokatu Nagusiak, aurkeztu zituen Ondorioak⁹. Europako Erkidegoetako Auzitegiak, halako ondorioak berretsiz gero, irizpide aitzindaria ezarriko zuen¹⁰ Europako Erkidegoetako Zuzenbidearekin bateragarri ez den Estatu-laguntzaren lurralde-hautagarritasuna zehazteko, erregio bateko arau fiskala mesedegarriagoa zenean.

Orain su-eten batean gaude¹¹. Auzitegi Gorenak ere, azken aldian emandako epaietan (2007ko uztailaren 12koan, 2008ko martxoaren

⁷ Aldarazpen hori Lurralde Historiko bakoitzaren Aldizkari Ofizialeko urteko azken zenbakian argitaratu zen, horrela arau horien aurkako errekurtsioak ezingo zirela jarri urtea amaitu aurretik. Jokabide horren helburua zen geroko errekurtsioek edota kautelazko eteteek, ezta geroko deuseztasunak ere, ezingo zutela zergaldiko karga-tasa orokorra ezerezean utzi 2005eko ekitaldi amaitu berriari zegokionez. Hau da, ebazpen judizialek ondorioak sortuko zituzkeen erabaki horiek hartu eta gero, eta inoiz ez ebazpena hartu aurretik.

⁸ ALONSO ARCE, I., «¿Dónde estamos en la cruzada judicial contra la autonomía normativa de los Territorios Históricos en relación con el Impuesto de Sociedades?», *Forum Fiscal de Bizkaia*, 12. zk., 2007, 23. or.

⁹ Ondorioak 2005eko urriaren 20an aurkeztu ziren, C-88/03 auzian.

¹⁰ COLSON, J.L., «Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de septiembre de 2006 en el asunto “Azores”», *Congreso Internacional. Concierto Económico Vasco y Europa*, Ad Concordiam, Bilbo, 2007, 395. or.

¹¹ LARRAZABAL BASÁÑEZ, S., «Fiscalidad regional, federalismo fiscal y Unión Europea: perspectivas de futuro», *Federalismo fiscal y Europa*, Parlamento Vasco, Colección de Informes y Documentos, Serie Maior 12, Vitoria-Gasteiz, 2008, 250. or.

13koan, 2008ko maiatzaren 6 eta 8koan, eta 2008ko maiatzaren 27koan) 2005eko eta 2006ko Sozietateen gaineko Zergaren foru-arauketa kaute-laz ez etetea erabaki du, Luxenburgoko Auzitegiak auziko mamari buruz zer esateko duen ikusi arte.

Amaitzeko, Arabako¹² eta Bizkaiko¹³ Batzar Nagusiek 2007an Sozietateen gaineko Zergaren zatikako aldarazpena onetsi zuten; harrezkero, karga-tasa orokorra %28koa ezarri zen eta hori da, egun ere, indarrean dagoena¹⁴. Autonomia-erkidego mugakideek arauketa berri horren aurka ere errekurtsioak jarri dituzte, baina oraingoan, behin Europako Erkidegoetako Auzitegiak epaitu aurreko arazoari erantzun eta gero, Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren ebazpena Lurralde Historikoen tesien mesedetan izan da.

2. ESTATU-LAGUNTZA ZER DEN

Europako Erkidegoetako Auzitegiak 2008ko irailaren 11n emandako epaia zehatz-mehatz aztertzen hasi orduko, Estatu-laguntzaren kontzeptua zehaztu behar dugu Europako Erkidegoetako Zuzenbidearen arabera, oinarritu ere, Auzitegi Gorena figura horretan oinarritu baitzen Sozietateen gaineko Zergaren foru-arauak deuseztatzeko. Jarraian, Estatu-laguntzen gainean azaleko deskripzioa egingo dugu, eta laguntza horien lurralde-hautagarritasunaren inguruan jardungo dugu, hautaga-

¹² Martxoaren 26ko 13/2007 Foru Araua (Arabako Lurralde Historikoaren Aldizkari Ofiziala, 47. zenbakia, 2007ko apirilaren 20koa, eranskina).

¹³ Martxoaren 23ko 6/2007 Foru Araua (Bizkaiko Aldizkari Ofiziala, 71. zenbakia, 2007ko apirilaren 12koa).

¹⁴ Gipuzkoako Lurralde Historikoan %28ko karga-tasa orokorra geroago onetsi da, Foru Aldundiak Batzar Nagusien behar besteko babesaren lortzeko zailtasun handiak izan dituelako. Lortu ere, 2008aren azkenetan lortu zuen babes hori, abenduaren 23ko 8/2008 Foru Araua onetsi zelarik (Gipuzkoako Aldizkari Ofiziala, 250. zenbakia, 2008ko abenduaren 30ekoa).

rritasunaren ulerkera akastuna egin zuenez Auzitegi Gorenak ondorio okerrak atera baitzituen.

Europako Erkidegoetako Tratatuaren 87, 88 eta 89. artikuluek Estatuak emaniko laguntzak¹⁵ arautzen dituzte, bai eta laguntza horien eta Europako Erkidegoetako Zuzenbidearen arteko bateragarritasuna ere, nahiz eta Tratatuak Estatu-laguntzaren definiziorik¹⁶ eman ez. Europako Erkidegoetako Tratatuak berak ezarritako salbuespenak kenduta, Estatu-kideen arteko merkataritzako trukeak eragin daitezkeenean, Tratatuaren 87.1. artikulua araberan, merkatu erkidearekin bateraezinak dira Estatuak emaniko laguntzak edo Estatuako funts publikoak erabilita¹⁷ emandakoak, edozein forma dutela, elkarlehia faltsutu edo faltsutzeko arriskua sortzen badute enpresa nahiz ekoizpen jakinari mesede ginez.

¹⁵ Laguntza izango da edozein esku-hartze publikoa baldin eta, nola edo hala, enpresaren aurrekontuetan izan ohi diren zamak arintzen badituzte eta diru-laguntza baten izaera eta ondorioak badituzte (epai guztien orde, 2001eko azaroaren 8ko Europako Erkidegoetako Auzitegiaren epaia, Adria-Wien Pipeline, C-143/99 auzia). SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., «Los sistemas fiscales regionales y el marco jurídico de la UE. ¿Ayudas de Estado? Interpretaciones judiciales. Problemática», *Federalismo fiscal y Europa*, Parlamento Vasco, Colección de Informes y Documentos, Serie Maior 12, Vitoria-Gasteiz, 2008, 205. or.; MORENO GONZÁLEZ, S., «Tendencias recientes de la jurisprudencia comunitaria en materia de ayudas de Estado de naturaleza tributaria», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, 132. zk., 2006, 827. or.

¹⁶ FERNÁNDEZ ORTE, J., «La Norma Foral 3/1996 del Impuesto sobre Sociedades de Vizcaya a examen por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Forum Fiscal de Bizkaia*, 7. zk., 2008, 29-47. or.; MARTÍN LÓPEZ, J., *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, tirant lo blanch, Valentzia, 2006, 257. or.; CAYERO BILBO, J.A., «Derecho de la competencia en la Unión Europea: ayudas de Estado de carácter fiscal», *Zergak*, 2-2006, 71. or.; GARAYAR, E., «La política de competencia, ayudas de Estado, incidencia en la fiscalidad», *Zergak*, 2-2000, 122. or.

¹⁷ Europako Erkidegoetako Zuzenbidearen laguntza publikoen esparruan, «Estatu» terminoa esangura zabalenean interpretatu behar da; sartu ere, Estatuako erakunde zentralak sartuko dira, baita Estatu barruko lurralde-zatiketak eta enpresa publikoen edo pribatuen bitartez izaniko esku-hartzeak ere. SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., loc. cit.; CAYERO BILBO, J.A., op. cit., 75. or.

Tratatuak oro har enpresei emaniko laguntza publikoak debekatzeko (87.1. art.) eta aldi berean erregela orokor horren salbuespen batzuk ezarri ditu, salbuespen horien gainean Europako Batzordeak ezin duela balioespenik egin (87.2. art.). Kontrara, Europako Erkidegoetako Tratatuaren 87. artikuluko 3. idatz-zatiak aginduta, enpresei laguntza publikoak emateko aukera egon daiteke, baina Europako Erkidegoetako Zuzenbidetik begiratuta, laguntza horien egokitasuna eta pertinentzia Europako Batzordeak baloratu behar ditu. Guri dagokigunez, ostera, 3. idatz-zatiko c) letrak jaso du Auzitegi Gorenak erabili duen kasua, Sozietateen gaineko Zergaren foru-arauketa legez aurkakoa dela adierazteko. Horrela, 87.3.c) artikulua arabera, merkatu erkidearekin bateragarriak izan daitezke jardura jakin batzuk edota erregio ekonomiko zehatz batzuk garatzeko laguntzak, beti ere merkataritzako trukeen balidantzak ukitzen ez badituzte interes erkidearen kontra.

Estatu-laguntzaren esparrua oso zabala da, bere baitan tributuen arloko neurriak edo neurri fiskalak¹⁸ ere hartzen baititu, horiekin Tratatuaren 87. artikulua debekatu duen helburua lortu nahi bada. Estatu-kideek aho batez erabaki behar badituzte ere Estatu-kideetako tributu-sistemen arteko harmonizazioa, Estatu-laguntzen gaineko kontrolean Europako Batzordeak du antzezlan protagonista¹⁹, indarrean dauden laguntzak etengabe gainbegiratzeko eta Estatu-kideek ezarri nahi dituzten laguntza berrien proiektuak aztertuz.

Tributu-neurri bat Europako Erkidegoetako Zuzenbidearekin bateraezina den "Estatu-laguntza" tzat jo ahal izateko, Europako Batzordeak

¹⁸ Europako erakunde biek (Batzordeak eta Auzitegiak) zabaltasun handiz interpretatu dute Estatu-laguntzaren kontzeptua. Kontzeptu horretara tributu-arau eta tributu-eginerak sartuko lirakeke, Estatu-kideen politika fiskalaren egituraren nabarmen eragiten dutela, batik bat zuzeneko zergen esparruari dagokionez. MORENO GONZÁLEZ, S., op. cit., 831. or.

¹⁹ MORENO GONZÁLEZ, S., op. cit., 829-830. or.

eta Europako Erkidegoetako Auzitegiaren jurisprudentziak²⁰ lau betekizun gertatzea behar dute:

- Neurriak onuradunei abantaila bat²¹ ekarri behar die, enpresaren aurrekontuetan izan ohi diren zamak arinduz, zerga gutxiago ordaintzea²² kasu.
- Europako Batzordearen iritziz, aipatutako kreditu fiskalak sarrera fiskalen galera ekarri behar du eta, beraz, diru-sarrera publikoaren kontsumoarekin pareka daiteke, gastu fiskalen moduan²³.
- Neurriak enpresen arteko lehia ukitu behar du, baita Estatu-kideen arteko merkataritzako trukeak ere²⁴ eta,

²⁰ Europako Erkidegoetako Tratatuak ezarritako xedapenetan ia-ia ez dago Estatu-laguntzen aipamenik; hori dela-eta, xedapenetan ageri diren hainbat kontzepturen garapen eta zehaztapen juridikoa beharrezkoa izan da. Ildo horretatik, Europako Erkidegoetako Auzitegia ezinbesteko erakunde bihurtu da, Tratatuak ezarritako araubidearen hutsuneak eta gabeziak osatzeko, ordeztzeko eta orekatzeko. CRUCELEGUI GÁRATE, J.L., «El control de las ayudas públicas en la Unión Europea», *Ekonomiaz*, 61. zk., 2006, 138. or.; CAYERO BILBO, J.A., op. cit., 71. or.

²¹ Ulerbidez, diru-laguntzak, onura edo salbuespen fiskalak, lurzoru publikoaren gaineko salmenta dohainik edo prezio oso txikian, Gizarte Segurantzaren kontribuzioen ordainketa ez eskatzea, tributu-zorra ohiz kanpo geroratzea...

²² Tributu-salbuespenak berez ez dakar Estatuko diru-sarrerak ordaintzerik, baina salbuespenaren onuradunak finantza-egoera mesedegarriagoan daude gainerako zergadunekin alderatuz gero, aurrekontuei nahiz ekonomiari begira neurriak sor ditzakeen zeharkako ondorioak gorabehera. Ikusi 2006ko ekainaren 22an Europako Erkidegoetako Auzitegiak emaniko epaiaren 87. idatz-zatia (Belgika/Batzordea, C-182/03 eta C-217/03 pilatutako auziak).

²³ Neurriaren ondorioak aztertu behar dira laguntzaren onuradunaren egoerari begira; hortaz, neurria ez da zertan gastu fiskalen aurrekontuetan agertu, esaterako, tributuzorren zenbatekoak geroratzeko edo zatikatzeko administrazio-egintzekin gertatu bezala. CAYERO BILBO, J.A., op. cit., 85. or.

²⁴ Ez da frogatu behar laguntzak Estatu-kideen arteko merkataritzako trukeak benetan ukitzen dituen, nahikoa baita truke horiek potentzian ukitzearekin. Are gehiago, enpresa onuradunak ez du parte hartu behar Erkidego barruko truke horietan, izan ere, enpresaren egoera laguntzari esker indartu denez, oztopoa izan daiteke beste Estatu-kide batzue-

– Estatu-laguntza horiek izaera hautagarria dutela antzeman behar da. Beste hitzetan esanda, laguntzak enpresa edo ekoizpen jakinen mesedetan izan behar dira²⁵. Halako bereizkeriak sorrarazten du hautagarritasunaren izaera²⁶ Estatu-laguntzaren kontzeptuari dagokionez. Neurri fiskalen kasuan, abantaila hautagarrira denentz zehazteko, lurralde batean jarduera jakin horri aplikatzeko moduko tributu-maila orokorra dago, neurri fiskala baino altuagoa. Horiek horrela, neurri fiskala orokorra bada, hots, lurraldean jarduten duten eragile ekonomiko guztientzat bada, ez da Estatu-laguntza izango²⁷, nahiz eta baliabide publikoen galera eragin eta enpresentzat abantailak ekarri.

Estatu-laguntzak legez aurkakoak direla adieraziko da tributu-neurriek gorago aipatu ditugun betekizunak izanez gero eta Europako Batzordeari

tako enpresek merkatu horretara sartzeko. Ikusi 2005eko abenduaren 15eko bi epai: Italia/Batzordea (C-66/02 auzia) eta Unicredito Italiano (C-184/04 auzia). MERINO JARA, I., «A vueltas con las ayudas de Estado de carácter fiscal», *Forum Fiscal de Bizkaia*, 1. zk., 2008, 26. or.

Aurrekoaz gainera, Europako Erkidegoetako Auzitegiak irizpide horren gainean duen interpretazioa oso-oso zabala da, *iuris tantum* erako presuntzioa ere eratu duelarik; modu horretara, Estatu-laguntzaren kontzeptuko gainerako betekizunak daudenean uste da enpresen arteko lehia faltsutu dela eta Erkidego barruko merkatuaren distortsioa dagoela. MORENO GONZÁLEZ, S., op. cit., 873. or.; MARTÍN LÓPEZ, J., op. cit., 276. or.; CAYERO BILBO, J.A., op. cit., 79. or.

²⁵ Europako Batzordeak eta Europako Erkidegoetako Auzitegiak hautagarritasunaren irizpidea oso zabal interpretatu dute. Estatu-laguntza dago eragile ekonomiko guztiek ezin badituzte laguntzaren baldintzak bete, sektore edo alor batentzat bakarrik eman direlako, enpresaren neurriaren arabera eman direlako, enpresa eratu zeneko dataren arabera eman direlako, enpresak eginiko gutxieneko inbertsioaren arabera eman direlako, enpresak sortutako lanpostu berrien arabera eman direlako... Halaber, laguntza ematen duen organoak laguntzen gainean ahalmen mugagabea badu, Estatu-laguntza dagoela uste da. CRUCELEGUI GÁRATE, J.L., op. cit., 141. or.

²⁶ Hautagarritasuna, beraz, aparteko egoera da arau orokorrarekin alderatuz gero, arau orokorra erreferentzia-esparrua izanik. SAENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., loc. cit.; MERINO JARA, I., op. cit., 27. or.; MARTÍN LÓPEZ, J., op. cit., 331. or.

²⁷ MORENO GONZÁLEZ, S., op. cit., 842. or.

ez bazaizkio jakinarazi, azken horrek bere baimena eman dezan. Estatu-kide bateko auzitegiak ere neurria legez aurkakoa dela adieraz dezake Europako Erkidegoetako Zuzenbideak duen eragingarritasuna eta lehen-tasuna direla-eta. Nolanahi den ere, halakoetan Europako Batzordeak beti neurri horien gaineko prozedura ireki behar du, neurriok Europako Erkidegoetako Tratatuarekin bateragarriak diren ala ez zehazteko. Horrela ezarri du 1999ko martxoaren 22ko Kontseiluaren 659/1999 Erregelamenduaren 10.1. artikulua, hots, Tratatuaren 93. artikulua aplikatzeko xedapenak ezarri dituen Erregelamenduarenak.

3. LURRALDE-HAUTAGARRITASUNAREN IRIZPIDEA

Foru-erakundeek emandako tributu-xedapenen gaineko eztabaidak argitu behar du xedapenok izaera hautagarria ala izaera orokorra duten. Tributu-neurri bat Estatu-laguntza izateko lehen hiru betekizunak edozein kasutan gertatzen dira, Estatuko gainerako tributu-arauketetan dagoena baino karga-tasa txikiagoa onetsi bada edo Estatuan ez dagoen kenkaria ezarri bada. Europako Erkidegoetako erakundeek Estatu-laguntzaren betekizunak interpretatzeko erabiltzen duten irizpideak hain zabalak direnez gero, karga-tasa txikiagoa duen enpresak abantaila dauka arrazoi horregatik, bilduko ez diren diru-sarrera publikoen pentzudan, eta enpresen arteko lehia zein merkataritzako trukeetan eragina dago.

Kontua, beraz, hautagarritasunean datza. , Estatuko ahalmenekin alderatuta, araugintza-ahalmeneen egikaritzan foru-erakundeek hartu duten tributu-neurria behar besteko autonomiarekin hartu den ala ez argitu behar da. Halaber, aldi berean aztertu behar da neurri horiek foru-erakundeen ahalmeneko lurraldean ezarrita dauden enpresa eta ekoizpen guztientzat diren ala ez²⁸. Horrenbestez, foru-arauen izaera zehaztu behar da lurralde-hautagarritasunaren izaera aintzat hartuta.

²⁸ Ikusi Azore auziaren 2006ko irailaren 6ko epaiaren 62. idatz-zatia.

Horiek horrela, neurria hautagarria izan dela antzeman daiteke, araubide jakin baten esparruan, esku-hartze publikoak, egitezkoak²⁹ zein juridikoak, enpresa edo ekoizpen batzuei mesede egin badie, antzeko egitezko egoeran edo antzeko egoera juridikoan dauden beste enpresa batzuekin alderatuta. Enpresa batzuk beste enpresa batzuen gainetik aukeratzeak arrazoi materialetan izan dezake oinarri, hala nola, enpresaren ezaugarriak edo horren jarduera, edota lurralde bateko enpresa izatea aintzat har daiteke arrazoi gisa. Begi-bistakoa denez³⁰, Estaturaz azpiko tributu-sistemaren esparruan hartutako neurri fiskalak ezin die mesederik egin Estatuko enpresa guztiei. Hori dela eta, zalantzan jarri da Estaturaz azpiko erakundeek hartutako neurria hautagarria den lurraldeari begira; halakoa izango balitz, Estatu-laguntza bezala kalifikatu beharko litzateke, nahiz eta neurri hori Estaturaz azpiko erakundearen lurraldean diharduten enpresa guztientzat izan.

Europako Erkidegoetako Auzitegiak 2006ko irailaren 6an eman duen epaian, Azore uharteetako auzian, Auzitegia oso didaktikoa³¹ izan da, Europar Batasun osorako aplikagarri diren printzipio orokorrak³² ezarri dituelako, eta ez Azore auzirako soilik balioko luketen irizpideak. Hau izan da lehenengo aldia³³ Auzitegiak Estaturaz azpiko erakundeek hartutako neurri fiskalak lurraldeari begira hautagarriak direnentz zehatz-mehatz aztertu dituela. Epai horretan, gainera, Europako Erkidegoetako Auzitegiak Geelhoed Abokatu Nagusi jaunak bere txostenean jorratutako irizpideak onartzen ditu. Auzitegiaren aburuz, erregio batean karga-

²⁹ Tributu-arau orokorra *de facto* hautagarria dela adieraz daiteke, baldin eta kasuaren ezaugarriak aztertu ondoren enpresa edo jarduera jakin batzuei mesede egiten badie, itxuraz enpresa guztiei aplikatzeko moduko neurriak izan arren. MORENO GONZÁLEZ, S., op. cit., 843. or.

³⁰ SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., op. cit., 206. or.

³¹ COLSON, J.L., op. cit., 396. or.

³² ALONSO ARCE, I., op. cit., 18. or.

³³ Ikusi 2008ko maiatzaren 8an Kokott Abokatu Nagusi andreak eman zituen Ondorioen 41. idatz-zatia.

tasa alda daiteke eta arrazoi horregatik, besterik gabe, ezin daiteke zehaztu Tratatuaren 87.1. artikuluko Estatu-laguntza bat denik. Egon ere, ez dago Estatu-laguntzarik tributu-neurriak izaera orokorra badu erregio osoan Estatuz azpiko erakundeak behar besteko autonomia duenean³⁴. Horiek horrela, epaiaren betekizunak ekarriko bagenitu Ekonomi Itunaren finantza- eta tributu-araubidera, Auzitegi Gorenak 2004ko abenduaren 9an emandako epaia ezerezean gera daiteke³⁵, eta gogoratu behar dugu, epai hori izan dela, hain zuzen ere, arazo guztien jatorria.

3.1. Azore auziaren epaia: hiru egoera izan daitezke

Europako Erkidegoetako Auzitegiak hiru egoera bereiztu ditu tributu-neurriak Estatu-laguntza bezala sailkatzeari begira, Estatu osoan indarrean direnak baino karga-tasa txikiagoak ezarri badira lurraldearen gune edo eremu zehatz batean. Hiruetatik lehenengo egoeran, Gobernu zentralak alde bakarrez karga-tasa txikiagoa ezartzea erabakitzen du lurraldearen zati batean, Estatu osoan aplika daitekeen karga-tasa baino txikiagoa, alegia. Halakoetan argi dago³⁶ (Auzitegiak berak hain argi ikusi duenez, egoera hori ez du aipatu ere egiten³⁷) neurria hautagarria dela eta, ondorioz, Europako Erkidegoetako Zuzenbidearekin bateragarri ez den Estatu-laguntza dela.

Bigarren egoeran³⁸, Estatu-kidearen maila bereko toki-agintaritzak guztiek (erregio mailakoek edo udal mailakoek, edo beste maila bateko guztiek)

³⁴ Kokott Abokatu Nagusi andrearen hitzetan, hori da epaiak ekarri duen berrikuntzarik nabarmenena. Ikusi 2008ko maiatzaren 8an berak emandako Ondorioen 43. idatz-zatia.

³⁵ ALONSO ARCE, I., *op. cit.*, 22. or.

³⁶ COLSON, J.L., *loc. cit.*

Halaber, ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 46. idatz-zatia.

³⁷ Ikusi Azore auziaren 2006ko irailaren 6ko epaiaren 64. idatz-zatia.

³⁸ Ikusi Azore auziaren 2006ko irailaren 6ko epaiaren 64. idatz-zatia.

askatasunez ezar dezakete euren eskumeneko lurraldean zergaren kargatasa, euri eratziki zaizkien ahalmenen mugak errespetatuz gero. Halakoetan, Estatuz azpiko eta maila bereko agintaritzak horietatik edozeinek hartutako tributu-neurria ez da hautagarria, eta, ondorioz, ezin da Estatu-laguntza izan, ezin daitekeelako tributuen maila orokorra zehaztu, erreferentzia-maila bezala erabiltzeko³⁹. Egoera horri «banaketa simetrikoa»⁴⁰ esaten diogu. Tributuen arloan, bigarren egoera hori lurralde erkideko autonomia-erkidegoen araugintza-ahalmenei aplikatzeko moduko da.

Kokott Abokatu Nagusi andrearen hitzetan⁴¹, bigarren egoera hori bat dator Estatuz azpiko erakundeak hartutako neurriekin, erakundeak behar besteko autonomiarekin duenean. Izan ere, legegile batzuek, bakoitzak bere eskumenen esparruan, aldi berean jarduten dutelako (gobernu zentralak eta Estatuz azpiko erakundeak) eta eurek hartutako neurriak batera indarrean daudelako, baina ez dago erreferentzia-esparru orokorrik.

Are gehiago, autore batzuen aburuz⁴², banaketa simetriko hori euskal Ekonomi Itunaren sistemari ere aplikatzeko modukoa izango litzateke;

³⁹ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 47. idatz-zatia. URREA CORRES, M., «Ayudas de Estado y capacidad fiscal de los entes subestatales: la doctrina del caso Azores y su aplicación a las Haciendas Forales vascas», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 14. zk., 2007, 11. or.

⁴⁰ COLSON, J.L., loc. cit.

⁴¹ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 51. idatz-zatia.

⁴² Autoreen esanetan maila bereko eskumenak dituzten agintari guztiak ahalmen berdinak izango litzateke tributuen arloan. Ekonomi Itunaren kasuan, simetria hori honako arloan gertatuko litzateke: batetik, Administrazio zentral eta lurralde erkideko autonomia-erkidegoen finantzaketa-eredua, eta bestetik, Nafarroako eta Euskal Autonomia Erkidegoko Itun eta Hitzarmenetako foru-araubideak. Foru-lurraldeetako tributu-sistema parekatuko litzateke Estatuko tributu-sistemarekin. Ikuspegi horretatik, erreferentzia-maila orokorrik ez dagoenez, ezingo litzateke lurralde-hautagarritasuna zehaztu. RUBÍ CASSINELLO, J.G., «El Concierto Económico vasco», *Federalismo fiscal y Europa*, Parlamento Vasco, Colección de Informes y Documentos, Serie Maior 12, Vitoria-Gasteiz, 2008, 194-195. or.

horiek horrela, ez legoke lurraldeari begira hautagarritasunaren osagai-rik, eta ez litzateke beharrezkoa izango Europako Auzitegiak banaketa asimetrikoetan aplikatzen duen autonomiaren azterketa. Hainbat arrazoi ekar daitezke iritzi horren alde: Ekonomi Itunaren urteetako historia, Konstituzioak aurretiazko eskubide historikoak aitortzen dituela, Estatuko tributu-sistemak eta foru-lurraldeetako tributu-sistemek elkar baztertzen dutela, Itunaren itun-izaera bera ere, horren edukia ezin baita alde bakarrez aldarazi, eta Itunaren sistemaren mamian dauden euskal erakunde guztien erantzukizuna eta alde bakarreko arriskua. Arrazoi horiek guztiak direla eta, RUBÍ CASSINELLOren⁴³ hitzetan, Estatu zentralaren eta foru-lurraldeen arteko finantza-harremanak banaketa simetrikoaren egoerarekin pareka daitezkeela uler daiteke. Jarrera erakargarria eta handinahia da aldi berean. Foru-lurraldeetako tributu-arauen izaera orokorra aintzat hartu eta gero, jarrera horrek hankaz gora uzten du Espainian erabili ohi den tributu-sistemaren ulerker, lurralde erkideko tributu-sistemaren eta foru-lurraldeetako tributu-sistemaren arteko prekatze juridikoa proposatzen duelako. Jarrera horri ekinez gero, bi-biak tributu-azpizistemak izango lirateke eta biek Estatuaren tributu-sistema osatuko lukete; horregatik, Estatu-laguntzen arauketaren ikuspegitik, foru-lurraldeak eta lurralde erkideko Administrazio zentrala maila berean egongo lirateke, tributuei dagokienez bederen. Europako Erkidegoetako Auzitegiak, ordea, ez du jarrera hori berretsi izan.

Hirugarren egoeran toki-agintaritzak edo erregio-agintaritzak, botere zentralari begira behar besteko autonomiarekin bere ahalmenak egikaritutuz, Estatukoa baino karga-tasa txikiagoa ezarri du, Estatuz azpiko erakundearen lurraldean kokatuta dauden enpresei aplikatzeko. Hirugarren egoera hori Euskal Autonomia Erkidegoari dagokio Europako Auzitegiaren ustez⁴⁴. Kontrara, Estatu zentralak Estatuz azpiko agintaritzaren xedapenen

⁴³ RUBÍ CASSINELLO, J.G., op. cit., 195. or.

⁴⁴ Auzitegiarekin bat dator Kokott andrea. Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 53. idatz-zatia.

edukia benetan zehaztuko balu edota xedapenon ondorio ekonomikoak bere gain hartuko balitu, ez legoke benetako autonomiarik⁴⁵.

Ezin dugu ahaztu, alabaina, Espainian tributu-eskumenen banaketak izaera konplexua duela, Sozietateen gaineko Zergari dagokionez Ekonomi Itunak ezarritako lotura-guneak ez direlako, besterik gabe, hautagarriak lurraldeari begira, ez behintzat, hautagarritasunaren ulerkera hertsia erabiliz gero. Izan ere, lotura-gune horiek zehaztean ez dira lurraldeak erabat bereizten⁴⁶. Bestela esanda, Ogasun ezberdinen artean tributu-eskumenak banatzen dira egoitza fiskalaren, eragiketa kopurua- ren edota eragiketak burutu diren lekuaren arabera, baina, behin arau- gintza-ahalmena zehaztu eta gero, arauketa hori berdin-berdin aplikatzen da Estatu osoan gauzatu diren eragiketa guztietan.

Jarrai dezagun, bada, Europako Erkidegoetako Auzitegiaren argudioa- rekin. Hirugarren egoeran araugintza-ahalmenak aintzat hartuta, kontua Estatuz azpiko erakundeen autonomia-maila zehaztean datza⁴⁷. Egoera horri «banaketa asimetrikoa»⁴⁸ esaten zaio, Estatuz azpiko erakundeak autonomia fiskala duelako Estatu-kidearen barruko antolaketan baina Estatuko maila bereko beste erregio batzuek ez dutelako halako autono- miarik⁴⁹. Edozein kasutan ere, Europako Batzordearen aburuz, ordea, lurralde bat autonomoa edo autosufizientea izatea ez da besterik gabe irizpide nahikoa, lurraldeak hartutako neurriak Estatu-laguntzei buruzko

⁴⁵ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 50. idatz-zatia.

⁴⁶ ALONSO ARCE, I., «Las normas fiscales vascas y el Derecho europeo de la competencia», *Ekonomiaz*, 61. zk., 2006, 262-263. or.; CRUCELEGUI GARATE, J.L., «Repercusiones del control de las ayudas públicas en el País Vasco», *Ekonomiaz*, 61. zk., 2006, 240. or.

⁴⁷ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 49. eta 53. idatz-zatia.

⁴⁸ COLSON, J.L., op. cit., 396-397. or.

⁴⁹ Eskumenen asimetriako egoera horretan, Estatuko tributu-sistema eta erregioaren tributu-sistema indarrean daude aldi berean; horregatik, erreferentzia-maila (Estatuko tributu-sistema ala erregioaren tributu-sistema) zein den finkatzeko irizpidea zehaztu behar

arauen bitartez ebaluatzeko. Europako Batzordearen hitzetan⁵⁰, enpresa onuradunentzat neurri horiek sortzen dituzten ondorioak baloratu behar dira, eta ez, ostera, neurriok hartu dituen agintaritzaren autonomia.

Europako Erkidegoetako Auzitegiaren aburuz⁵¹, ezin da baztertu hautagarritasuna dagoen ala ez antzemateko erreferentzia juridikoaren esparrua erregio- edo toki-erakundearen lurraldea izatea, baldin eta erakunde horrek, bere estatutuagatik edo bere ahalmenengatik, funtsezko egin-kizuna betetzen badu bere eskumeneko lurraldean kokatuta dauden enpresek zein ingurunetan jardun eta ingurune politiko eta ekonomiko hori definitzean. Halakoetan, neurria hartu duen Estaturaz azpiko erakundearen lurraldea izango da aintzat hartuko dena neurri hori Estatu-laguntza den ala ez zehazteko, eta ez, ordea, Estatu-kidearen lurraldea.

3.2. Estaturaz azpiko erakundearen autonomia maila

Esangura horretan, Europako Erkidegoetako Auzitegiak hiru irizpide⁵² zehaztu ditu, hirurok bete behar direla, agintari baten erabakia bere ahalmenen egikaritzan eta behar besteko autonomiarekin hartu dela ondorioztatzeko: hasteko, Konstituzioaren lurralde-antolaketa aintzat hartuta, agintaritzak bere estatutu politikoa eta administratiboa izan behar du (erakunde-autonomia⁵³), Gobernu zentraletik aparte; hurrenik, erabakia hartu behar izan da Gobernu zentralak erabakiaren edukian

da, neurria hautagarria denentz ezarri ahal izateko. Horiek horrela, autonomia behar bestekoa bada, neurria hautagarria den ala ez argitzeko erreferentzia-maila ez da Estatuko tributu-sistema izango, ezpada erregioaren sistema eta, ondorioz, ez da lurralde-hautagarritasunik izango. URREA CORRES, M., op. cit., 12-13. or.

⁵⁰ Ikusi Europako Batzordeak 2004ko martxoaren 30ean emandako 2005/261/CE Erabakiaren 125. idatz-zatia (DO L 85, 2005.04.02).

⁵¹ Ikusi Azore auzian emandako 2006ko irailaren 6ko epaiaren 66. idatz-zatia.

⁵² Ikusi Azore auzian 2006ko irailaren 6an emandako epaiaren 67. idatz-zatia.

⁵³ Estatu-kidearen dezentralizazio politikoaren mailak baldintzatzen du lurralde-hautagarritasunaren irizpidea. Horrek esan nahi du, hartutako neurria kalifikatu aurretik ere, neurriaren jatorria aintzat hartu behar dela. Estaturaz azpiko erakundeek onetsitako neurriak

zuzenean parte hartu gabe⁵⁴ (prozedura-autonomia); eta amaitzeko, erregio horretan kokatuta dauden enpresentzat Estatuko karga-tasa baino tasa txikiagoa jartzeagatik sor daitezkeen ondorioak ezin daitezke konpentsatu Gobernu zentraletik edo beste erregio batzuetatik datozen laguntza nahiz diru-laguntzekin (finantza- edo ekonomia-autonomia⁵⁵).

ez dira laguntza hautagarriak izango baldin eta behar besteko autonomia badute neurri horiek hartzeko. MARTÍNEZ CABALLERO, R. eta RUIZ-ALMENDRAL, V., «Ayudas de Estado selectivas y poder tributario de las Comunidades Autónomas», *Revista de Derecho Europeo*, 20. zk., 2006, 612-613. or.; MORENO GONZÁLEZ, S., op. cit., 855. or.

⁵⁴ COLSONentzat, ez da nahikoa Gobernu zentralak parte hartu ez izana kasu zehatz batean; bere ustez, Gobernu zentralak ez du aukerarik izan behar baliabide juridikoen bitartez parte hartzeko edo, beste hitzetan esanda, ez du parte hartzeko ahalmena izan behar. Testuinguru horretan berehala sortzen da honako zalantza: Konstituzio Zuzenbidean usu izan daitekeen ohiturak zer-nolako balioa duen Konstituzioaren organo batzuek Konstituzioak berak euren emaniko ahalmenak inoiz erabiltzen ez badituzte. COLSON, J.L., op. cit., 397. or.

SÁENZ-CORTABARRIarentzat, ordea, kontuan hartu behar da Gobernu zentralaren adostasuna beharrezkoa den ala ez erregioaren neurri fiskala hartzeko, hots, Gobernu zentralak neurriaren gaineko betoa jar dezakeen ala ez, edota Gobernu zentralak erregioaren neurria bazter utz dezakeen ala ez. Ikusi ere Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 85. idatz-zatia. SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., op. cit., 216. or.

Egia esan, arazo berbera agertu zen Erresuma Batuak dituen hondar-eskumenen gainean Gibraltarren legeak emateko eta Gobernadoreari aintzatsitako ahalmenen gainean. Europako Erkidegoetako Lehen Auzialdiko Auzitegiaren esanetan, ulertu behar da hondar-eskumen horiek Erresuma Batuen baliabideak direla Gibraltarreko biztanleei begira Erresuma Batuak bere gain hartu duen erantzukizuna ahalbidetzeko, bai eta Nazioarteko Zuzenbidearen arabera hartu dituen betebeharrak betetzeko ere. Hortaz, ez da ulertuko hondar-eskumen horiek Gibraltarreko agintariek hartutako neurri fiskalaren edukiaren gainean zuzenean parte hartzeko ahala direla. Are gehiago, kontuan hartzen badugu Erresuma Batuak ez duela inoiz hondar-ahalmen horiek erabili izan tributuaren arloan. Ikusi 2008ko abenduaren 18an Europako Erkidegoetako Lehen Auzialdiko Auzitegiak emandako epaiaren 95.etik 99.era bitarteko idatz-zatiak.

⁵⁵ Egia esateko, tributuaren arloan honako hau da autonomiaren benetako frogia; autonomia horri erantzukizun fiskala deritzogu. ARMESTO MACÍAS, D. eta HERRERA MOLINA, P.M., «¿Es ayuda de Estado un tipo de gravamen regional inferior al vigente en el resto del territorio? (De la polémica doctrina del Tribunal Supremo a la fascinante opinión del Abogado General en el caso Azores y su relevancia para el País Vasco)», *Quincena Fiscal*, 13. zk., 2006, 40. or

4. EUSKAL AUTONOMIA ERKIDEGOKO AUZITEGI NAGUSIAK AURKEZTU ZUEN EPAITU AURREKO ARAZOA

Azore auziaren epaiak ezarritako irizpideak gogoan izanik, Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiak epaitu aurreko arazoa aurkeztu zion Europako Erkidegoetako Auzitegiari 2006ko irailean⁵⁶. Bertan, Estatuaren arauketan ezarritako karga-tasa baino tasa txikiagoa ezartzeko Estaturaz azpiko erakundeak behar besteko autonomia izan behar zuenez gero, autonomia hori zehazteko kontuan izan behar ziren betekizunen inguruan zalantza bi azaldu zituen. Epaitu aurreko arazoaren atzean zegoen hausnarketa honela labur bil zitekeen. Euskal erakundeen autonomia behar bestekoa bazen tributu-sistema orokorra izateko, erakunde horiek hartutako neurri fiskalak ez ziren Estatu-laguntza izango; autonomia mugatua bazen, ordea, neurri fiskalen ondorioak Gobernu zentralak bere gain hartuko zituen eta euskal tributu-sistema hautagarria izango zitekeen, Estatuak arautzen zuen tributu-sistema orokorrarekin alderatuta.

Europako Erkidegoetako Auzitegiaren esanetan⁵⁷, «epaitu aurreko arazoa bidali duen organo jurisdikzionalak galdetzen du ea izaera orokorreko zenbait neurri fiskal “hautagarriak” ote diren, nahiz eta neurrien bitartez enpresa jakinei zein ekoizpen zehatzei abantailarik ekarri ez, eta ondorioz, ea neurri horiek Europako Erkidegoetako Tratatuaren 87. eta 88. artikuluetako arauketaren mende gera daitezkeen ala ez, neurriok tributuen arloan autonomia duen Estaturaz azpiko erakundearen lurraldean soilik eragina dutelako».

Auzitegi bidaltzaileak ez zuen zalantzarik euskal erakundeek erakunde-autonomiako betekizunaren gainean⁵⁸, halakorik bazutelako. Prozedura-autonomiari zegokionez, alabaina, Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi

⁵⁶ Egia esateko, 2006ko irailaren 20ko eta 26ko auto batzuetan jaso ziren Auzitegiak aurkeztu zituen epaitu aurreko arazoak, baina horiek guztiak eduki berekoak ziren.

⁵⁷ Ikusi 2008ko irailaren 11ko epaiaren 27. idatz-zatia.

⁵⁸ Ikusi 2008ko irailaren 11ko epaiaren 29. idatz-zatia.

Nagusiak galdetu zuen⁵⁹, batetik, ea autonomia hori ezerezean geratzen zen Estatuaren eta euskal erakundeen artean hertsagarriak ez ziren adiskidetzerako tresnak arautu zirelako, eta bestetik, ea foru-erakundeen araugintza-ahalmenak zituen mugak, Ekonomi Itunak 3. artikuluan zehaztutakoak, prozedura-autonomia hori gutxitzen zuten ala ez⁶⁰. Amaitzeko, finantza- edo ekonomia-autonomiari zegokionez, EAEko Auzitegi Nagusiak galdetu zuen ea Estatuaren eskumen eskusibo batzuek euskal erakundeen finantza-autonomia mugatzen zuten, hala nola, ekonomia-aren plangintza orokorra zehazteko eskumenek edo Gizarte Segurantzaren arlokoek⁶¹.

⁵⁹ Ildo horretatik, 2008ko irailaren 11ko epaiaren 30. idatz-zatiak honela dio: «organo jurisdikzional bidaltzaileak galdetzen du ea Euskadiko tributu-arauketa sortzeko prozedura formal bat ote datorren prozedura-autonomiaren irizpidearekin. Egon ere, prozedura hori ez dago Gobernu zentralaren zuzeneko esku-hartzearen mende. Estatuak ez du, beraz, tresna hertsagarriak, ezpada adiskidetzerako tresnak, bitarikoak eta elkarreki-koak, alderdien artean arauen proiektuak Ekonomi Itunarekin bat datozen ala ez aztertzeke, behin proiektu horiek ezagutu eta gero. Horrela, biek aldarrikatutako arauketak Ituna sinatu duten administrazioek elkarrekin itundu eta lege bihurtu dutenarekin egokitu dezakete. Beste alde batetik, tributu-arauketa autonomoaren helburuak aintzat hartuta eta araugintza-ahalmena erabiltzean «karga-tasa finkatu nahi denean Estatuaren interesa aintzat hartzeko» betebeharrari begira, Ekonomi Itunak muga negatiboak zehaztu ditu bere 3. artikuluan, hala nola, benetako presio fiskal osoa zaintzea, zirkulazio- eta establezimendu-askatasunak errespetatzea, edota bereizkeriarik ez sortzea. Muga horiek direla eta, indarrean jarri diren xedapen fiskal zehatzak *a posteriori* auzitegiek kontrola ditzakete, aipatu diren legezko irizpide nahiz gidalerroak bete diren ala ez argitzeko».

⁶⁰ Antzeko zalantza plazaratu zuen COLSON jaunak, Europako Batzordeko Lehiaren Zuzendaritza Orokorreko Finantza Zerbitzuetako Unitate-buruak, Deustuko Unibertsitatean 2006ko abenduaren 12tik 14ra bitartean ospatu zen Euskal Ekonomi Ituna eta Europa izeneko Nazioarteko Kongresuan. COLSON jaunaren aburuz, Estatuaz azpiko erakundeak neurriak hartzeko eskumena izan behar du Estatu zentralaren jokatibideari dagozkion inguruabarrak gorabehera (horrela ezarri baita Azore auzian 2006ko irailaren 6an emandako epaiaren 68. idatz-zatian); horiek horrela, geure buruari galdetu behar diogu testuinguru horretan zein den derrigorrezko kontsulta ez lotesleen balioa, erakundearen erabakian eragina izango badu. COLSON, J.L., loc. cit.

⁶¹ Ildo horretatik, 2008ko irailaren 11ko epaiaren 31. idatz-zatiak honela dio: «ekonomia-autonomiaren irizpideari dagokionez, organo jurisdikzional bidaltzaileak galdetzen du, euskal erakundeak ikuspegi fiskaletik erantzule badira ere, ea Euskal Autonomia

5. EUROPAKO ERKIDEGOETAKO AUZITEGIAK 2008KO IRAILAREN 11N EMANDAKO EPAIA

Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an ezagutarazi zuen bere txostena eta 2008ko irailaren 11n Europako Erkidegoetako Auzitegiak bere epaia⁶² eman zuen, epaitu aurreko arazoari erantzuteko. Zentzuzkoa denez, epaiak erantzuten dio Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiak galdetutako arazoari; edozein kasutan, ez dago zalantzarik epai horren ondorioak Nafarroako Foru Erkidegora ere zabaltzen direla, Lurralde Historikoen araugintza-ahalmenak eta Nafarroako Ekonomi Hitzarmenetik datozen ahalmenak oso antzekoak direlako.

Epaiak honako irizpide hauek finkatu ditu. Hasteko, Auzitegi Gorenak 2004ko abenduaren 9an emandako epaian egin zituen adierazpenekin alderatuta, arauketa fiskal bat Europako Erkidegoetako Zuzenbidearen kontrako Estatu-laguntza den ala ez zehazteko erreferentzia-esparrua ez da beti Estatua izan behar. Hau da, Azore auziko epaian erabili zen argudioari ekinez, Estaturaz azpiko erakundeak behar besteko autonomia izan dezake izaera orokorreko tributu-neurriak onesteko, Estatu-laguntza izan gabe⁶³. Erreferentzia-esparrua zein den

Erkidegoak eskumen nahikorik duen irizpide horretatik begiratuta. Organo jurisdikzional horrek irizpidearen gainean zehaztu duenez, Europako gainerako erregio autonomoekin alderatuta Euskal Autonomia Erkidegoaren eskumenen maila oso altua bada ere, eskumen horiek mugak dituzte Estatuak eskumen eskusiboak dituelako Euskadiko ekonomian eragina sortzen dutela, hala nola, moneta-sistema, ekonomi-jardueraren plan-gintza orokorreko oinarriak eta koordinazioa, Gizarte Segurantzaren araubide ekonomikoa eta interes orokorreko herri-lanak, horiek guztiak Konstituzioaren 149. artikuluan jaso direla. Hori guztia dela eta, Euskadin esparru ekonomiko berezitua dagoela zalantzan jar daiteke eta autonomia hori ekonomiaren arloko batasunaren mende edo merkatu-batasuneko oinarriko betekizunen mende izan daitekeela, hori baita Espainiako autonomien sistemaren berezko muga Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentziak ezarri duenez».

⁶² Europako Erkidegoetako Auzitegiak (Hirugarren Salak) 2008ko irailaren 11n emandako epaia, C-428/06 a C-434/06 auzi pilatuak ebazten dituenak. DO C 285, 2008.08.11.

⁶³ Ikusi 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 47. idatz-zatia.

garrantzi handiko kontua da⁶⁴ tributu-neurrien kasuan, abantailarik dagoen ala ez ustez tributu-maila orokorrari begira baino ezin delako zehaztu, eta karga-tasa orokorra erreferentzia-esparruko lurraldean indarrean dagoen karga-tasa da.

Europako Erkidegoetako Auzitegiak, hasiera-hasieratik, baztertu du Batzordeak erabilitako lurralde-hautagarritasunaren irizpidea⁶⁵ Estatu azpiko erakundeek izaera orokorreko arau fiskalak onesten dituztenerako. Batzordea endokatuta zegoen honako silogismoan⁶⁶: Estatu-kide bat, tributu-sistema orokor bat; hortaz, erregioetako arauak *per se* dira Estatu-laguntzak. Egia esateko, Batzordearen jarrerarekin ezinezkoa izango litzateke Estatu-kide osoan eskumena ez duen edozein agintaritzak fiskalak karga-tasa ezberdina zehaztea, Estatuaren beste agintaritzak ezarritako karga-tasarekin alderatuta; izan ere, karga-tasa txikiagoa zehaztuko balu Estatu-laguntza bihurtuko litzateke berehala, karga-tasa biak alderatzean besterik gabe. Batzordearen argudioa muturreraino eramanda⁶⁷, Estatu osoan eskumena ez duen agintaritzak fiskalak ezingo luke Estatuaren gainerako lurraldean dagoen karga-tasa baino tasa handiagoa zehaztu, bietatik txikiena berehala Estatu-laguntza bihurtuko bailitzateke. Dena den, azken kasu horretan, Batzordearen aburuz⁶⁸, Estatu-kide horretan sistema erkidea dago erregio guztietan batean izan ezik eta, berez, sistema hori ezin da Estatu-laguntza izan.

⁶⁴ Ikusi Europako Erkidegoetako Auzitegiak Azore auzian 2006ko irailaren 6an emandako epaiaren 56. idatz-zatia eta Lehen Auzialdiko Auzitegiak Gibraltar auzian 2008ko abenduaren 18an emandako epaiaren 80. idatz-zatia.

⁶⁵ SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., *op. cit.*, 213. or.

⁶⁶ GARAYAR, E., *op. cit.*, 124-127. or.

⁶⁷ Hori izan da Erresuma Batuak erabili duen argudioetako bat Batzordeak irekitako prozeduran, Gibraltarreko Gobernuak Sozietateen gaineko Zergaren inguruan egin nahi zuen aldarazpenaren aurka. Ikusi Europako Batzordeak 2004ko martxoaren 30ean emandako 2005/261/CE Erabakiaren 48. idatz-zatia (DO L 85, 2005.04.02).

⁶⁸ Ikusi Europako Batzordeak 2004ko martxoaren 30ean emandako 2005/261/CE Erabakiaren 116. idatz-zatia (DO L 85, 2005.04.02).

Halaber, Europako Erkidegoetako Auzitegiak ukatu du autu honen inguruan jurisprudentzia sendoa dagoenik⁶⁹, Batzordeak kontrakoa adierazi arren. Neurri fiskala ez da berez hautagarria Estatu-kide baten gune geografiko mugatuan soilik aplikatzen delako, besterik gabe.

Are gehiago, Estatz azpiko erakundeak hartutako tributu-neurriaren aplikazio-esparrua lurraldean mugatua izateagatik, besterik gabe, neurria hautagarria dela adieraz badaiteke, orduan Estatuko Konstituzioak lurralde-erakundeari eratziki dion autonomia ezerezean geratuko litzateke⁷⁰. Estatuko tributu-neurriekin alderatuta, Estatz azpiko erakundeak hartutako edozein neurri onuragarriagoa Europako Batzordearen baimena beharko zukeen, behin Estatu-laguntza izateko gainerako betekizunak bete eta *minimis*⁷¹ kopurua gainditu eta gero. Aurrekoaz gain, baimen hori justifikatzeko arrazoirik dagoenean bakarrik emango litzateke, ulerbidez, laguntza horiek erabiltzea erregio atzeratuen garapen ekonomiko lortzeko, Europako Erkidegoetako Tratatuaren 87. artikuluko 3. idatz-zatiaren a) letrak xedatutakoaren arabera.

Europako Erkidegoetako Auzitegiaren hitzetan⁷² «ezin daiteke baztertu Estatz azpiko erakundeak egitez nahiz Zuzenbidez duen estatutuagatik Estatu-kidearen Gobernu zentraletik behar besteko autonomia izatea, eta halakoetan, Estatz azpiko erakundeak berak (eta ez Gobernu zentralak)

⁶⁹ Horrenbestez, Europako Auzitegiaren jurisprudentziaren gainean Batzordeak eta Auzitegi Gorenak (2004ko abenduaren 9an emandako epaian) egin zuten azterketa okerra zen. ALONSO ARCE, I., «¿Dónde estamos en la cruzada judicial contra la autonomía normativa de los Territorios Históricos en relación con el Impuesto de Sociedades?», *Forum Fiscal de Bizkaia*, 12. zk., 2007, 22-23. or.

⁷⁰ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 56. idatz-zatia.

⁷¹ Kopurua 200.000 eurokoa da hiru urteko epealdian. Ikusi Batzordearen 1998/2006 (CE) Erregelamendua, 2006ko abenduaren 15ekoa, Tratatuaren 87. eta 88. artikuluko *minimis* laguntzei aplikatzekoa (DO L 379, 2006.12.28).

⁷² Ikusi Europako Erkidegoetako Auzitegiak 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 48. idatz-zatia eta Lehen Auzialdiko Auzitegiak 2008ko abenduaren 18an emandako epaiaren 83. idatz-zatia.

hartutako neurrien bitartez funtsezko eginkizuna bete dezake enpresek zein ingurunetan jardun eta ingurune politiko eta ekonomiko hori zehaztean».

Azken esamolde horren inguruan zalantzak ere sortu ziren, hots, «enpresek zein ingurunetan jardun eta ingurune politiko eta ekonomiko hori zehaztean funtsezko eginkizuna bete behar duen erakundea» zein den zalantzan jarri zen, Europako Batzordeak interpretazio zabalegia egin baitzuen. Batzordearen aburuz Azore auziko epaiaren 58. eta 66. idatz-zatietatik⁷³ ondokoa atera zitekeen: Estatuz azpiko erakundeak bere lurraldean garrantzizko eginkizuna bete behar zuela, decentralizatu gabeko Estatu batean Estatu zentralak zuen eginkizunaren parekoa⁷⁴, alegia. Horrela izango ez balitz, Estatuz azpiko erakundeak bere lurraldeko esparruan Estatu zentralaren pareko eginkizuna beteko ez balu, Azore auziko epaiak ezarri zituen autonomiaren hiru betekizun horiek ez lira-

⁷³ Azore auziko epai izenez ezagutzen den horretan, hots, 2006ko irailaren 6an emandako epaian C-88/03 auzikoan, 58 eta 66. idatz-zatiek honela diote:

58. idatz-zatia: Ezin daiteke baztertu Estatuz azpiko erakundeak egitez nahiz Zuzenbidez duen estatutuagatik Estatu-kidearen Gobernu zentraletik behar besteko autonomia izatea, eta halakoetan, Estatuz azpiko erakundeak berak (eta ez Gobernu zentralak) hartutako neurrien bitartez funtsezko eginkizuna bete dezake enpresek zein ingurunetan jardun eta ingurune politiko eta ekonomiko hori zehaztean. Halakoetan, neurriak edo kasuan kasuko araubideak lortu nahi duen helburua kontuan hartuta, Estatuz azpiko erakundeak hartutako neurriak enpresa jakinei mesede egiten dien ala ez zehaztean, antzeko egiteko egoeran ala antzeko egoera juridikoan dauden enpresekin alderatuta, aintzat hartu behar den lurraldea izango da Estatuz azpiko erakundeak bere eskumeneko neurria zein lurraldetan hartu eta lurralde hori, eta ez, ordea, Estatuko lurralde osoa.

66. idatz-zatia: Azken egoera horretan, neurri fiskalaren hautagarritasuna zehazteko aintzat hartuko den esparru juridikoa Estatuz azpiko erakundearen gune geografikoa izan daiteke, baldin eta Estatuz azpiko erakundeak, bere estatutua edo bere eskumenak direla eta, funtsezko eginkizuna betetzen badu ingurune politikoa eta ekonomikoa zehaztean, bere eskumeneko lurraldean kokatuta dauden enpresentzat.

⁷⁴ Europako Batzordeak bere iruzkinen 22. idatz-zatian dioenez, Auzitegiak emandako epaian [Azore auzian 2006ko irailaren 6an emandako epaian] ez du zehaztu zein den «enpresek zein ingurunetan jardun eta ingurune politiko eta ekonomiko hori zehaztean

teke aztertu behar. Batzordearen ustez, aurretiazko betekizuna zen⁷⁵, autonomiaren hiru betekizunak (erakunde-, prozedura- eta ekonomia-betekizunak) aztertu aurretik ezarri beharrekoa. Edozein kasutan ere, Kokot andreak⁷⁶ (Abokatu Nagusiak) eta Europako Erkidegoetako Auzitegiak⁷⁷ ez dute Batzordearen interpretazioa onartu izan eta, ondorioz, ez dute aurretiazko betekizun horren beharrik ikusi. Halaber, ez da ezinbestekoa Estatuz azpiko erakundeak duen eskumenen maila handiegia izatea, Gobernu zentralaren pare; Estatuz azpiko erakundeak hartu duen neurria bere eskumenen esparruaren barrukoa izatearekin nahikoa da.

5.1. Erreferentzia-esparrua, Estatu-laguntza dagoen ala ez zehazteko

Hori guztia dela-eta, Estatu-laguntzaren erreferentzia-esparrua finkatu behar da lurralde-hautagarritasuna gertatu den ala ez zehazteko. Toki edo erregio bateko agintaritzak Estatukoa baino karga-tasa txikiagoa ezar dezake, bere eskumeneko lurraldean kokatuta dauden enpresei soilik aplikatzeko, baldin eta botere zentraletik behar besteko autonomia duten ahalmenak erabiltzen baditu. Egoera horretan, neurri fiskala hau-

funtsezko eginkizuna bete dezakeen erakunde". Batzordearen ustez erakunde hori honela zehaztu beharko litzateke: Estatuz azpiko erakundeak ingurune politiko eta ekonomikoaren gainean izan beharko lukeen autonomia eta Estatu-kide baten Gobernu zentralak duen eragina parekoak lirateke, azken horren Konstituzioak erregioentzako autonomiarik ezarri ez duen kasuan. Estatu-laguntzei buruz Tratatuaren xedapenak abiatu hartuta, Batzordearen argudioaren azalpena honakoa da: enpresa jakinek abantaila baten onura duten ala ez zehazteko, enpresa horien egoera alderatu behar da ingurune politiko eta ekonomiko berean diharduten beste enpresa batzuen egoerekin.

⁷⁵ COLSON, J.L., op. cit., 399. or.

Ez dira iritzi horretakoak: SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., op. cit., 217. or.; MERINO JARA, I., op. cit., 30. or.

⁷⁶ Ikusi 2008ko maiatzaren 8an Abokatu Nagusiak emandako Ondorioen 70 eta 71. idatz-zatiak.

⁷⁷ Ikusi 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 53 eta 60. idatz-zatiak. Horrekin batera, Europako Erkidegoetako Lehen Auzialdiko Auzitegiak ideia berari ekiten dio 2008ko abenduaren 18an emandako Gibraltar/Batzordea epaiaren 87. idatz-zatian.

tagarria denentz antzemateko erabiliko dugun erreferentzia-esparrua Estatuz azpiko erakundearen gune geografikoa izan daiteke, baldin eta Estatuz azpiko erakundeak, bere estatutua edo bere eskumenak direla eta, funtsezko eginkizuna betetzen badu ingurune politikoa eta ekonomikoa zehaztean, bere eskumeneko lurraldean kokatuta dauden enpresentzat⁷⁸.

Europako Erkidegoetako Auzitegiarentzat, kontuan hartu behar den Estatuz azpiko erakundearen esparrua ez dator bat Lurralde Historiko-arekin⁷⁹. Honako hau garrantzi handiko kontua da Auzitegiak erreferentzia-esparrua izango den lurraldea finkatu nahi duelako, tributu-arauketa Europako Erkidegoetako Zuzenbidearen kontrako Estatu-laguntza izan daitekeen ala ez zehazteko. Auzitegiak, nolabait, berea egiten du Batzordeak azaldu zuen oztopoa⁸⁰, hots, Lurralde Historikoen eskumen oso urriak dituztela bildutako tributuen destinoan eragina izateko, eman ere, beste Administrazio batzuei eman behar dizkietelako bildutako sarrerarik gehienak.

Epaiaren 67. idatz-zatian adierazi denez, Lurralde Historikoen ez dute behar besteko autonomia ez dituztelako euren gain hartzen zergaren beherapenaren ondorio politiko eta ekonomikoak. Europako Erkidegoetako Auzitegiaren aburuz, Lurralde Historikoen ez dute euren aurrekontuaren kudeaketa euren gain hartzen, ez dutelako aldi berean sarre-

⁷⁸ Ikusi *supra* 2006ko irailaren 6an emandako Portugal/Batzordea epaiaren 66. idatz-zatia.

⁷⁹ Autore batzuen aburuz, jarrera hori ez da egokia, euren ustez Lurralde Historikoen euren tributu-sistema ezar dezaketelako eta euren aurrekontuan gastu publikoak onesten dituztelako, Euskal Autonomia Erkidegotik aparte. MERINO JARA, I., «El régimen de Concerto del País Vasco», en PITA GRANDAL, A. (zuz.), *La financiación autonómica de los Estatutos de Autonomía*, Marcial Pons, Madrid, 2008, 186. or.; MANZANO SILVA, M.E., «Ayudas de Estado y autonomía económico-financiera de los Territorios Históricos del País Vasco (Comentario de la STJCE de 11 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06, Unión General de Trabajadores de La Rioja)», *Forum Fiscal de Bizkaia*, 10-11. zk., 2008, 40-54. or.

⁸⁰ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 66. idatz-zatia.

ren eta gastuen kontrola, hots, tributuen arloan eskudun bakarrak badira ere, Euskal Autonomia Erkidegoarenak dira gastu gehiena dakarten eskumenak⁸¹.

Europako Erkidegoetako Auzitegiak ontzat hartu du Administrazio ezberdinen arteko elkar-lan estua⁸², eskumenen banaketatik ondoriozta daitekeena. Auzitegiaren esanetan erreferentzia-esparrua Lurralde Historikoez Euskal Autonomia Erkidegoarekin batera osatzen dute.

Ildo horretatik, Kokott Abokatu Nagusi andreak bere Ondorioetan jaso zuen Lurralde Historikoen arteko koordinazioa, baita Lurralde Historikoez Euskal Autonomia Erkidegoaren erakunde erkideekin duten koordinazioa⁸³ ere, tributuen arloko subiranotasuna elkarrekin erabiltzen baitute. Nolanahi den ere, Estatuz azpiko erakundeak hartutako neurriak hautagarriak diren ala ez egiaztatzean, aintzat hartu behar ditugu Estatu zentralaren eta Estatuz azpiko erakundearen arteko harremanak soil-soilik. Horrenbestez, aztertu behar dugu ea Lurralde Historikoez, eurek elkarrekin jardutean ala Lurralde Historikoez Autonomia Erkidegoarekin batera, behar besteko autonomia duten Estatu zentralari begira.

Labur zurrean, Europako Erkidegoetako Auzitegiarentzat, Estatu-laguntzarik dagoen ala ez aztertzeko erabiliko den erreferentzia-esparrua

⁸¹ Europako Erkidegoetako Auzitegiak zintzotasun osoz onartu du Lurralde Historikoez antzinatek zergak jaso eta biltzeko eskumenak izatea, nahiz eta bestelako eskumen ugari, batik bat ekonomia arlokoak, Euskal Autonomia Erkidegoarenak izan. Ikusi 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 66 eta 69. idatz-zatiak.

⁸² Europako Erkidegoetako Auzitegiak Gernikako Estatutuan eta Ekonomi Itunaren sisteman ezarri diren eskumenen banaketaren berri jaso du, baita Ekonomi Itunak arautu dituen organoen osaketaren berri ere, organo horietan Estatuaren ordezkariekin batera Eusko Jaurilaritza zein Foru Aldundien ordezkariak ere badirela. Ikusi 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 71.etik 74.era bitarteko idatz-zatiak.

⁸³ Barruko koordinazio horrek Lurralde Historikoen arteko araugintza-ahalmenak mugatzen ditu, ez ordea Estatuari begira horiek duten autonomia. Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 74 eta 75 idatz-zatiak.

Lurralde Historikoarena zein Euskal Autonomia Erkidegoarena izango da. Auzitegia konturatu denez, Ekonomi Itunaren sistema arras konplexua da⁸⁴, eta Lurralde Historikoek ez dute behar besteko autonomiarik, ezta Euskadiko erakunde erkideek ere.

5.2. Autonomiaren hiru mailak: erakunde-autonomia

Erakunde-autonomiari dagokionez, Konstituzioan, Gernikako Estatu-tuan eta Ekonomi Ituneko sisteman oinarrituta, Europako Erkidegoetako Auzitegiak sendo adierazi duenez, erakunde-autonomia badago⁸⁵, Estatuari kupoa ordaindu arren edota Euskal Autonomia Erkidegoa Estatuak eskusibotasunez ezar dezakeen ekonomiaren plangintza orokorreko esparruan sartu arren.

Labur bilduz, Batzordearen argudioak porrot egin du. Batzordeak Saggio Abokatu Nagusi jaunak C400/97 eta C-402/97 pilotutako auzietan emandako ondorioak hartu zituen abiaburu. Batzordearen argudio hori funtsean honakoa zen: Estatu-laguntza izan daitekeen tributu-neurria Estatuaz azpiko erakundeak onestea ala Estatuak berak onestea formazko ezaugarri hutsa zen, hots, formazko inguruabarrak ez zuen eragirik Estatu-laguntzaren izaeran. Batzordeak⁸⁶ iruzur egiteko borondatea

⁸⁴ Ikusi 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 65. idatz-zatia.

⁸⁵ Autore askok Auzitegiaren ondorio hori aurreikusit zuten. Ikusi RUBÍ CASSINELLO, J.G., op. cit., 182. or.; SAENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., op. cit., 213. or.; LARRAZABAL BASAÑEZ, S., loc. cit.; MERINO JARA, I., «A vueltas con las ayudas de Estado de carácter fiscal», *Forum Fiscal de Bizkaia*, 1. zk., 2008, 32. or.; GARCÍA NOVOA, C., «La sentencia del caso Azores y su influencia en el poder normativo de las Comunidades Autónomas», *Dereito*, 15. zk., 2006, 234. or.; MORENO GONZÁLEZ, S., op. cit., 856. or.; ALONSO ARCE, I., «Las normas fiscales vascas y el Derecho europeo de la competencia», *Ekonomiaz*, 61. zk., 2006, 271. or.; FERNÁNDEZ ORTE, J., op. cit.; ARMESTO MACÍAS, D. eta HERRERA MOLINA, P.M., op. cit., 39. or.; CAYERO BILBO, J.A., op. cit., 103. or.

⁸⁶ Neurri fiskala erabaki duen erakundearen arabera bereizketa eginez gero, ezerezean geratuko litzateke Tratatuaren 87. artikulua eragingarritasuna; artikulua horren arabera, neurriak aztertu behar dira enpresen arteko lehian eta Europako Erkidego barruko merkataritzan duten ondorioak ikusita. Ikusi Batzordeak 2004ko martxoaren 30ean emandako 2005/261/CE Erabakiaren 105.etik 109.era bitarteko idatz-zatiak (DO L 85, 2005.04.02).

ikusi zuen. Estatuak iruzurra egingo zioten Estatu-laguntzei buruzko arauketari, Estatuaren lurralde-antolaketaren bitartez Estaturaz azpiko erakundeek tributuen arloko araugintza-eskumenak emango ziotelako Estatu-laguntzen arauketatik alde egiteko⁸⁷. Bestela esanda, Estaturaz azpiko erakundeek hartutako neurri fiskalak Estatu-laguntza ez direla onartuz gero, Estatuak nahikoa du tributuen arloko araugintza-eskumenak Estaturaz azpiko erakundearen artean banatzearekin Estatu-laguntzei buruzko arauen aplikazioa baztertzeko. Argi dago, bestalde, Batzordearen jarrerak modu larrian oztopatzen dituela Estatu-kideen aukerak euren ahalmenak dezentralizatzeko eta erregioei behar besteko autonomia fiskala emateko, ahalmen dezentralizatu horiek egikaritzean erregioek izan dituzten gastuak estali ahal izateko. Kokott Abokatu Nagusi andrearen⁸⁸ ustez ere, Estatuak iruzurra egiteko borondate hori ager dezakete baina, horretarako, Estaturaz azpiko erakundeak ez du behar besteko autonomiarik izan behar, Azore auziko epaian autonomiari emandako esanahiarekin.

5.2. Autonomiaren hiru mailak: prozedura-autonomia

Prozedura-autonomiari dagokionez, Europako Erkidegoetako Auzitegiak ezarri duenez, adiskidetzerako tresnak izateak, Araugintza Koordinatu eta Ebaluatzeko Batzordea kasu⁸⁹, ez du eraginik foru-erakundearen autonomia, beti ere tributuen araua sortzeko azken erabakia Lurralde Historikoei

⁸⁷ RUBÍ CASSINELLO, J.G., loc. cit.

⁸⁸ Estatu zentralak bere gain hartuko balitu Estaturaz azpiko erakundeak ezarritako neurrien ondorio ekonomikoak, ez legoke behar besteko autonomiarik. Halakoetan, Estaturaz azpiko erakundearen lurraldea soilik hartuko balitz erreferentzia-esparru bezala, ikuspegi formaletik abiatuta, arauketa Estaturaz azpiko erakundeak onetsi duelako, orduan Estatu-kideek erraz saihestu dezakete Estatu-laguntzak emateko debekua. Horretarako, nahikoa izango litzateke Estaturaz azpiko erakundeek tributuen arauak onesteko eskumenak eratzikitzea, eratzikipena soilik formazkoa bada ere. Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andrearen 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 50. idatz-zatia.

⁸⁹ Adiskidetzerako organo aholku-emailea da; hortaz, Gobernu zentralak ezin du organo horren bitartez bere erabakia ezarri. Ikusi 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 99 eta 100. idatz-zatiak.

modu eksklusiboan badagokie. Batzorde horretan akordiorik lortuko ez balitz, Gobernu zentralak ezingo luke eduki zehatzeko araua hartzera behartu⁹⁰. Era berean, tributu-arauen edukia Administrazioen artean trukatzeke betebeharra ez du inolako eraginik⁹¹ erakundeen araugintza-ahalmenean, ezta erakundeek gara dezaketen arauetan ere ez.

Batzar Nagusietako prozedura-autonomian⁹² ere ez dute eraginik izango Konstituzioak aldarrikatutako printzipioek, hala nola, solidaritateak, merkatu-batasunak, berdintasunak... Foru-erakundeek printzipio horiek guztiak errespetatu behar dituzte tributu-arauak sortzean, baina Gobernu zentralak ezin du zuzenean esku hartu Batzar Nagusietako foru-arauak onesteko prozeduran, Konstituzioaren printzipio horiek ezartzeko. Printzipio horiek, horrenbestez, ez dute Lurralde Historikoen erabakitze-autonomia kentzen, ezpada autonomia horren mugak zehazten dute. Beste hitz batzuetan esanda, Lurralde Historikoen Konstituzioaren muga horiek errespetatu behar dituzte euren tributu-arauak onesten dituztenean; horrek ez du esan nahi prozedura-autonomiarik ez dutenik⁹³, besterik gabe. Edozein kasutan ere, printzipio horiek errespetatzeak ez dute Lurralde Historikoen jarduteko askatasuna murriztu behar, ez behintzat, Lurralde Historikoen euren ekonomi-politikaren helburuak ezin bilatzeko punturaino euren tributu-arauketa onestean.

⁹⁰ RUBÍ CASSINELLO, J.G., op. cit., 187. or.; ALONSO ARCE, I., «La autonomía total de los Territorios Históricos según la Abogada General del Tribunal de Luxemburgo», *Forum Fiscal de Bizkaia*, 7. zk., 2008, 17-27. or.

⁹¹ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 86 eta 87. idatz-zatiak. Iritzi berekoak dira: RUBÍ CASSINELLO, J.G., loc. cit.; ARMESTO MACÍAS, D. eta HERRERA MOLINA, P.M., op. cit., 40. or.; MERINO JARA, I., op. cit., 39. or.; MORENO GONZÁLEZ, S., op. cit., 857. or.

⁹² Ikusi 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 101.etik 104.era bitarteko idatz-zatiak. Kokott Abokatu Nagusi andreak adierazi duenez, ez dago antolamendu juridiko demokratikorik, ezta Zuzenbideko estatuaren printzipioen mendeko antolamendurik ere, legegilea erabat askea dela. Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 88. idatz-zatia.

⁹³ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 89. idatz-zatia.

Ondorio berberak atera daitezke Ekonomi Itunak 3. Artikuluan jaso dituen printzipioei⁹⁴ dagokienez. Printzipio horiek Lurralde Historikoen araugintza-ahalmenak mugatzen dituzte. Izan ere, «harmonizazio fiskala»ren izenpean Ekonomi Itunak agintzen duenez, Lurralde Historikoen tributu-neurriak sortzean, benetako presio fiskal osoa Estatuaren gainerrako lurraldetan den presioaren parekoa izan behar dute, zirkulazio- eta establezimendu-askatasuna errespetatu behar dute, ezin da bazterketarik gertatu, ezin da enpresen arteko lehia murriztu ezta baliabideen asignazioan distortsiorik ere eragin.

Ekonomi Itunak ere agintzen duenez, Estatuaren tributuetako egitura eta kontzeptuak aintzat hartu behar dira; hala ere, Lurralde Historikoen euren ekonomi-politikaren helburuak bila ditzakete. Horiek horrela, argitu behar da lurralde erkideko tributu-arauetatik ezberdinak diren karga-tasa nahiz zerga-oinarria bezalako osagaiak ezar daitezkeen ala ez⁹⁵. Estatuan dagoen benetako presio fiskal osoaren parekoa mantentzeko betebeharrari dagokionez, betebeharrak hori errespetatu daiteke Lurralde Historikoen zerga-bilketaren pisua zerga batzuetatik beste batzuetara alda dezaketelako edota karga-tasa txikiagoa konpentsa dezaketelako beste zerga baten oinarria zabalduz. Hortaz, Lurralde Historikoen autonomia ez dute eraginik izango betebeharrak horiek⁹⁶.

Europako Erkidegoetako Auzitegiak argitu duenez⁹⁷, prozedura-autonomia dagoen ala ez zehazteko irizpide nagusia ez da izango Estatuaz azpiko erakundeak duen eskumenen norainokoa, ezpada, erakundeak dituen eskumen horiek erabilia, erabakia independentzia osoz hartu izana, Gobernu zentralak erabakiaren edukian zuzenean esku hartu barik.

⁹⁴ Ikusi artikulu horren testu osoa lehenengo oin-oharrean.

⁹⁵ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 95. idatz-zatia.

⁹⁶ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 96. idatz-zatia.

⁹⁷ Ikusi 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 107. idatz-zatia.

Hirugarrenik, foru-arauen aurkako errekurtsuak jar daitezke jurisdikzio arruntean baina horrek ez du garrantzirik foru-erakundeen prozedura-autonomia zehazteko⁹⁸. Horrek ere ez du erakusten Estatuak zuzenean esku hartu duenik tributu-araua sortzean, edozein Zuzenbideko estatuan arau onetsien gaineko kontrol judiziala izan behar delako⁹⁹. Europako Erkidegoetako Auzitegiak taxuz gogorarazi duenez, legezko-tasun-kontrolaren eginkizuna da Estatuko erakunde, organo edo botere-ek euren eskumenak egikaritzean antolamenduak ezarritako mugak errespetaraztea, eta ez, ordea, muga horiek zehaztea¹⁰⁰. Kontrol hori Estatu mailako auzitegiak gauzatzen badu ere, aurreko ondorioari eutsi diezaiokegu¹⁰¹. Ez du garrantzirik ere foru-arauen aurkako errekurtsuak jurisdikzio arruntak aztertzea eta Estatuko tributu-legeen aurkako errekurtsuak Konstituzio Auzitegiak.

Labur bilduz, Europako Erkidegoetako Auzitegiak euskal erakundeek prozedura-autonomia dutela aitortu du, eta ondorioz, autonomiaren bigarren betekizuna ere bete dela¹⁰².

⁹⁸ Auzitegien esku-hartze horrek erakusten du botere publiko guztiak legearen mendean daudela. Ez da aurretiazko kontrolik, ez da eteten arau aurkaratua indarrean jartzea auzitegiak epaia eman arte. MERINO JARA, I., op. cit., 40. or.

⁹⁹ Inork ez du esan Estatuak emateko duten autonomia ukitzen denik, Estatu-kideek hartutako neurriak Europako Batzordeari jakinarazi behar dizkioteko edota Luxenburgoko Auzitegiak arau horien gaineko kontrol judiziala gauzatu dezakeelako. RUBÍ CASSINELLO, J.G., op. cit., 186-187. or.

¹⁰⁰ Ildo berari ekinez, Auzitegiak adierazi duenez, auzitegien ebazpenek erakundearen eskumenean mugak ezarri dituen araua interpretatu baino ez dute egiten, baina ez dute eskumen horien egikaritzea murrizten baldin eta muga horien artean egikaritu badira. Ikusi 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 80 eta 81. idatz-zatiak.

¹⁰¹ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 105. idatz-zatia.

¹⁰² Autore askok Auzitegiaren ondorio hori aurreikusi zuten. Ikusi RUBÍ CASSINELLO, J.G., op. cit., 188. or.; SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., op. cit., 216. or.; LARRAZABAL BASAÑEZ, S., loc. cit.; MERINO JARA, I., op. cit., 32. or.; MORENO GONZÁLEZ, S., loc. cit.; ALONSO ARCE, I., «Las normas fiscales vascas y el Derecho europeo de la competencia», *Ekonomiaz*, 61. zk., 2006, 256. or.; FERNÁNDEZ ORTE, J., op. cit., 29-47. or.; ARMESTO MACÍAS, D. eta HERRERA MOLINA, P.M., loc. cit.; CAYERO BILBO, J.A., loc. cit.

5.4. Autonomiaren hiru mailak: ekonomia-autonomia

Europako Erkidegoetako Auzitegia ez du epaitu aurreko arazoa bete-bete erantzun ez duelako argitu Ekonomi Itunak ekonomia-autonomiaren hirugarren betekizuna betetzen duen ala ez. Azterketa hori Estatuko auzitegien esku utzi du. Dena den, epaitu aurreko arazoa bidali duen auzitegiak bere lana bete beharko du tarte oso estuetatik. Europako Auzitegiak ezarritako tartea hain da estua Estatuko auzitegiek ekonomia-autonomia ere badagoela aitortu beharko dutela, edo bestela Europako Auzitegiaren argudioek finkatu duten ibilbidetik aldentzeko zorian izango lirateke.

Ekonomia-autonomiaren betekizunak esanahi bikoitza dauka¹⁰³. Alde batetik, autonomia horrek esan nahi du Estatuarengandik ezin daitekeela konpentsaziorik jaso. Beste alde batetik, eta aldi berean, autonomia horrek esan nahi du tributu txikiagoa ezarri duen erakundeak jasan behar dituela berak hartutako erabakien ondorio ekonomikoak. Beste hitzekin esateko, ez da nahikoa konpentsaziorik ez badago, horrez gain, zama txikiagoa dakarten neurriak hartzeagatik sor daitezkeen ondorioak jasan behar dira¹⁰⁴. Gure kasuan, Europako Auzitegiak ulertu duenez, Lurralde Historikoek ez dute behar besteko eskumenik gastuen gainean eta, eurek onetsitako tributu-arauen ondorioz zerga-bilketak behera egingen badu ere, Lurralde Historikoek ez dute urritasun ekonomikoa jasaten. Horregatik, erreferentzia-esparrua euskal administrazioena izan behar da, hots, Lurralde Historikoena eta Euskal Autonomia Erkidegoarena batera.

¹⁰³ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 106. idatz-zatia.

¹⁰⁴ Modu horretara, lurralde bateko tributueta beherapenik egiteak ez du zertan sarre-ra fiskalak urritzea ekarri. Kontrara, beherapen horrek ekonomi-jarduera piztu dezake eta, ondorioz, sarrera fiskal garbiak handiagoak izan daitezke. Europako Erkidegoetako Auzitegiak ez du aintzat hartu ikuspegi dinamiko hori, eta ikuspegi estatikoa edo kontabilitateko ikuspegia darabil. COLSON, J.L., op. cit., 398. or.

Edozein kasutan ere, Europako Erkidegoetako Auzitegiak ez du zalantzan jarri euskal administrazioen arteko eskumenen banaketa¹⁰⁵. Banaketa hori arrazoi historikoetan oinarritzen da eta sarreren gaineko eskumenak Lurralde Historikoen eskuetan uzten duen artean, gastuen gainekoak Euskal Autonomia Erkidegoarentzat dira. Hortaz, Europako Auzitegiak ez du muturrik sartzen Estatuaren barruko erakunde-antolaketa, baizik eta antolaketa hori onartzen du¹⁰⁶.

Kokott Abokatu Nagusi andreak bere argudioak¹⁰⁷ urrunago daramatza erreferentzia-esparrua Autonomia Erkidegoarekin batera ezartzeko behar horretan. Kokott andrearen esanetan, Euskal Autonomia Erkidegoan Estatu-laguntza izan daiteke lurralde-hautagarritasunaren betekizuna betetzeagatik, baldin eta Lurralde Historikoetako batek bere zerga-bilketa gutxitzen badu eta beherakada hori gainerako euskal erakundeek konpentsatzen badute. Hala ere, ALONSO ARCEk¹⁰⁸ adierazi duenez, lurralde erkideko erakundeekin euskal erakundeek dituzten harremanak albo bate-

¹⁰⁵ Azore auziko 2006ko irailaren 6an emandako epaian egin zuen bezala, Europako antolamendu juridikoa aplikatzean, Luxenburgoko Auzitegiak tributuen arloan Estatu-kidearen barruko antolaketa berea egiten du. URREA CORRES, M., op. cit., 14. or.

¹⁰⁶ Are gehiago, Batzordeak erabili zuen argudioaren arabera neurri fiskal eztabaidatuak ez zaizkie aplikatuko Lurralde Historikoetan kokatuta dauden enpresa edo ekoizpen guztiei, Sozietateen gaineko Zergaren lotura-guneak aplikatzearen ondorioz. Europako Auzitegiak sendo-sendu erantzun zuen Batzordearen argudio horiek ez direla onargarriak, neurri fiskalok aplikatuko zaizkielako Lurralde Historikoen eskumenaren mendeko enpresa eta ekoizpen guztiei, Estatu-kidearen eta Estatuaz azpiko erakundearen artean eskumen fiskalak banatzeko erregelak aintzat hartuta. Ikusi 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 138. idatz-zatia.

¹⁰⁷ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 77. idatz-zatia.

¹⁰⁸ Euskadi barruan ez dago arau erkiderik edo orokorrik, ezpada eskumen-maila bera duten hiru Lurralde Historiko, eta ondorioz, ezin da arau orokorrik antzeman erreferentzia izateko, lurralde jakin bateko araua salbuespenez onuragarriagoa izan dadin. Egoera hori banaketa simetrikoarena da eta halakoetan ez da inoiz Estatu-laguntzei buruzko arauketaren aplikazio-esparruan sartzen. ALONSO ARCE, I., «La luz al final del túnel: a propósito de las Conclusiones de la Abogada General del Tribunal de Luxemburgo Sra. Kokott de 8 de mayo de 2008», *Zergak*, 1-2008, 140. or.

ra utziz gero, euskal erakundeen arteko egungo antolaketa 2006ko irailaren 6an emandako epaiak (Azore auzikoak) finkatu zituen egoeretatik bigarrenarekin bat dator, hots, banaketa simetrikoa izenekoarekin bat. Horrenbestez, ezingo lirateke Estatu-laguntzei buruzko arauak aplikatu, ez dagoelako tributu-arauketarik erreferentzia-maila izateko.

Hirugarren betekizunari dagokionez, hots, ekonomia-autonomiari dagokionez, Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren aburuz, Estatuak ez du inolaz ere zuzeneko konpentsaziorik ematen. Modu horretara, ez da estaltzen euskal administrazioek eduki dezaketen zergabilketaren beherakada Estatukoa baino karga-tasa txikiagoa ezarri badute. Dena den, Konstituzioaren 149. artikulua araber, eskumen batzuk Estatuarenak dira modu eskusiboan, eta eskumen horiek direla eta, Estatuak eragin izan dezake euskal erakundeen autonomia zehaztean. Eragin horren zer-nolakoak zalantzak sorrarazi ditu Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiarengan. Euskal Auzitegiarentzat Estatuaren honako eskumenen eragina begiratu behar da, besteak beste, ekonomijardueraren plangintza orokorra koordinatu eta horren oinarriak zehazteko eskumenarena, merkatu-batasunarena, moneta-sistemarena, interes orokorreko herrilanena, Gizarte Segurantzaren araubide ekonomikoarena... Begiratu ere, begiratu beharko litzateke Estatuaren eskumen horiek izan dezaketen eragina Euskal Autonomia Erkidegoak zehaz dezakeen ingurune bereziaren gainean. Europako Erkidegoetako Auzitegiak ez du zalantza hori zuzenean argitzen.

Estatuak badu, oraindik ere, Estatuaz azpiko erakundeak diharduen ekonomiaren esparru orokorraren gainean nolabaiteko kontrola; hala ere, kontrol hori ez da inolaz ere bateraezina¹⁰⁹ ekonomia-autonomiaren irizpidearekin. Ildo horretatik, Azore auziko epaiak argitu dezake kontu

¹⁰⁹ Azore uharteetako auzia aintzat hartuko bagenu, Portugaleko Estatuak Azore erregio-ko ekonomiaren esparru orokorra kontrolatzen du, zalantzarik gabe. Horiek horrela, inguruabar horrek ez zuen baztertu Europako Erkidegoetako Auzitegiaren azterketa, karga-tasa txikiagoa ezartzeagatik sarreteran izan zuten beherakada Azore uharteek jasaten zuten ala ez aztertu baitzuen. SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., loc. cit.

hori. Lehenago aipatu genuen bezala, epaiak Abokatu Nagusiak plazaratutako ondorioei eutsi zien arlo batean izan ezik: Estatuz azpiko erakundearen prozedura-autonomiaren betekizunak zehaztean. Abokatu Nagusiak bi betekizun ezarri zituen autonomia izateko, Gobernu zentralak zuzenean eskurik ez hartzea Estatuz azpiko erakundeak neurri fiskala sortzean, batetik, eta Estatuz azpiko erakundeak Estatu zentralaren interesa kontuan hartzeko beharrik ez izatea, bestetik. Epaian, ordea, bigarren betekizun hori desagertu zen. Horiek horrela, betekizun hori kentzeagatik ondorio garrantzitsua atera daiteke¹¹⁰ Estatuz azpiko erakundeek duten araugintza-ahalmenaren mugak aztertzeko, ahalmen horiek Estatuaren interes orokorreko irizpideekin mugatzen badira.

Ekonomi Itunaren sisteman, ekonomia-autonomia Lurralde Historikoen araugintza-ahalmenetatik dator. Bestela esateko, Lurralde Historikoen zuzeneko zergak arautzeko ahalmena dute Estatuaren arauetatik aldentuta; ahalmen hori Ekonomi Itunaren sistemari datzekion ezaugarria da. Araugintza-ahalmenaren arabea zehazten dira, hein handi batean ere, euskal administrazioek elkarrekin banatuko dituzten sarrera publikoak, Estatuak konpentsatzen ez dituen sarrerak, alegia. Araugintza-ahalmenik gabe Foru Ogasunen eginkizuna sarrerak biltzea bakarrik izango balitz, Estatuak nibelazio-tresnaren bat edo konpentsazio-tresnaren bat ezarri beharko luke. Osterantzean, euskal administrazioen finantzaketa arriskuan izango litzateke zerga-bilketaren kopurua EAetik kanpora Estatuak hartutako erabakien mende geratuko baitzen, euskal administrazioaren finantzaketan gerta daitezkeen inguruabarrak aintzakotzat hartu gabe.

Egia esateko, Europako Erkidegoetako Auzitegiak ontzat jo izan du Europako Batzordeak¹¹¹ aurkeztutako argudioa, zati batean bederen. Auzitegiak onartzen du Estatuz azpiko erakundeari eginiko konpentsazioa esanbidez eta zuzenean egin daitekeela, Azore uharteetako auzian

¹¹⁰ LARRAZABAL BASÁÑEZ, S., op. cit., 246. or.; MERINO JARA, I., op. cit., 30. or.

¹¹¹ Ikusi 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 133. idatz-zatia.

gertatu zen bezala. Baina Auzitegiak aintzat hartzen du Administrazio ezberdinen arteko finantza-fluxuak erabilia konpentsazioa isilpekoa edo ezkutukoa ere izan daitekeela¹¹². Europako Batzordeak, ostera, urrunago doa. Batzordearen aburuz, Estatuz azpiko erakundeak ezin dezake inolako laguntzarik hartu, ezta potentzian laguntzak izan daitezkeenak ere¹¹³, horrela tributuen arloan erakundeak hartutako erabakien ondorioak konpentsa badaitezke. Batzordearen interpretazio horri ekinez gero, ekonomia-autonomiaren betekizuna eraginik gabe geratuko litzateke.

Edozein kasutan ere, konpentsazio hori dagoen ala ez Estatu barruko auzitegi eskudunak egiaztatu behar du. Nolanahi den ere, Europako Erkidegoetako Auzitegiak emandako epaiaren 129. idatz-zatian ezarrienez, egiaztapen hori egiteko, honako baldintza hau bete behar du Estatu-kideko auzitegiak: kari bidezko lotura izan behar da¹¹⁴ tributurria hartzeagatik zerga-bilketak izango duen beherakadaren eta Estatuak edo gainerako Administrazioek emaniko konpentsazioaren artean, konpentsazioa agerikoa zein ezkutukoa den aintzat hartu gabe. Ekonomia-autonomia ezin daiteke, besterik gabe, ukatu Estatuz azpiko erakundearen eta Estatu zentralaren arteko finantza-transferentzien saldo

¹¹² Erregioko agintaritzaren mesedetan diren finantza-transferentzia guztiak kontua hartu behar dira, hau da, erregioko agintaritzaren aldeko finantza-balantzea edota Estatu zentralarengandik nahiz gainerako erregioengandik datorren finantza-transferentzia garbia dagoen ala ez zenbatu beharko litzateke. COLSON, J.L., loc. cit.

¹¹³ Gobernu zentraletik datozen finantza-iturri guztiak aintzat hartu beharko lirakeke, dirua suntsikorra baita. Ordainketa batek Estatuz azpiko erakundeari gastu publiko batek askatuko balio, erakunde horrek aukera izango luke beste proiektu batzuetan diru gehiago erabiltzeko edo bere zergak murrizteko. Ikusi Europako Erkidegoetako Lehen Auzialdiko Auzitegiak 2008ko abenduaren 18an emandako Gibraltar/Batzordea epaiaren 102. idatz-zatia.

¹¹⁴ Europako Erkidegoetako Lehen Auzialdiko Auzitegiaren aburuz, kariaren eta ondorioaren arteko lotura beharrezkoa da, hots, neurri fiskalaren eta Estatuz azpiko erakundeak jasotako finantza-laguntzen arteko lotura. Ikusi Europako Erkidegoetako Lehen Auzialdiko Auzitegiak 2008ko abenduaren 18an emandako Gibraltar/Batzordea epaiaren 106. idatz-zatia.

garbia Estatuarengandik Estaturaz azpiko erakundearenganako delako¹¹⁵. Osterantzean, kari bidezko lotura beharrezkoa izango ez balitz, Administrazioen arteko finantza-fluxuak nahas zitezkeen¹¹⁶ nahiz eta fluxu horien oinarria erabat zilegiak diren beste printzipio batzuk izan¹¹⁷.

Labur bilduz, konpentsazioa zuzenean lotu behar zaio erregioak onetsitako abantaila fiskalari edo karga-tasaren beherapenari¹¹⁸. Halakoak dira onetsitako onura fiskala konpentsatzeko helburu nagusiarekin ezartzen diren konpentsazioak, bai eta Estaturaz azpiko erakundeak onura fiskala arautu izan ez balu Estatuak ezarriko ez lukeen konpentsazioa ere. Ez dira multzo horretara sartuko, ostera, solidaritate printzipioan oinarritu eta izaera orokorra duten konpentsazioak.

5.4.1. Estatuarekin konpentsazio ekonomikorik ba al dago kupoa zenbatzean?

Azter ditzagun, bada, zeintzuk diren Euskal Autonomia Erkidegoak Estatuarengandik jaso ditzakeen konpentsazioak. Konpentsazio horiek bi

¹¹⁵ Ulerbidez, Gibraltar auzian, Batzordeak aipatu zuen Gibraltar Erresuma Batuaren mende bizi dela, nazioarteko harremanetarako, Europar Batasunari begira, bere defentsarako, moneta-politikarako edo finantza-erantzukizunerako. Batzordeak horrela frogatu nahi zuen Estaturaz azpiko erakundeak ez zuela ekonomia-autonomiarik. Ikusi Batzordeak 2004ko martxoaren 30ean emandako 2005/261/CE Erabakiaren 125. idatz-zatia (DO L 85, 2005.04.02).

¹¹⁶ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 109. idatz-zatia eta 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 135. idatz-zatia. Europako Erkidegoetako Lehen Auzialdiko Auzitegiak ere, bere aldetik, argudio berberak erabili ditu 2008ko abenduaren 18an emandako epaiaren 101.etik 112.era bitarteko idatz-zatietan.

¹¹⁷ Kalkulu horiek behar bezala egitea oso zaila eta konplexua da, finantza-fluxu oso ezberdinak egon daitezkeelako eta kalkulu horiek zein epealditan zehar egin behar diren zehaztu behar delako. Interpretazio zabalegia erabiliz gero, inoiz beteko ez den irizpidea edota hutsik geratuko den metodologia finkatzeko asmoa izango da. COLSON, J.L., loc. cit.; QUINTANA CARRETERO, J.P., «Concierto Económico y ayudas de Estado: las ayudas fiscales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Congreso Internacional. Concierto Económico Vasco y Europa*, Ad Concordiam, Bilbo, 2007, 479. or.

¹¹⁸ GARCÍA NOVOA, C., op. cit., 237. or.

arlotan egon litezke: kupoa zenbatzeko metodologian eta Estatuaren eta EAEn arteko finantza-transferentzietan.

Ekonomi Itunaren funtsezko ezaugarria¹¹⁹ da Euskal Autonomia Erkidegoan itundutako tributuen bilketa EAEn bere gain hartutako eskumenen gastu publikoa finantzatzeko dela; hortaz, euskal administrazioek ezingo liokete Estatu zentralari dirurik eskatu euren baliabide ekonomikoak nahikoak izango ez balira. Edozein kasutan ere, lurralde horietan Estatu zentralak oraindik eskumenak dituen eta lurraldeotan Estatuak lortzen duen bilketa eskumenen gastuak finantzatzeko beste ez denez, Euskal Autonomia Erkidegoak Estatuari ekarpen ekonomikoak egiten dio (kupo izenekoa); horrela Estatuari konpentsazioa ematen diote Estatuak lurralde horietan oraindik ematen dituen zerbitzuen kostua estaltzeko. Ekonomi Itunaren sisteman, beraz, Estatu zentrala ez da funts publikoen emalea, funtsen hartzailea baizik, tributu itunduen bitartez foru-lurraldeek bildutakoaren zati bat hartzen baitu.

Esangura horretan, Estatuak ez dauka Foru Ogasunen tributu-sarreretan partaidetza bat¹²⁰ (lurralde erkideko autonomia-erkidegoek Estatuaren sarreretan duten partaidetza bezalakoa), ezpada Euskal Autonomia Erkidegoak ekarpen bat egiten du Estatuaren gastuak estaltzeko. Euskal Autonomia Erkidegoak Estatuaren gastuetatik ordaintzen duen proportzioak ez du zuzenean zerikusirik EAEn tributuen bilketarekin, proportzio hori Euskadiren ekonomiak Estatu osoan duen pisu erlatiboaren arabera zehazten baita.

Ekonomia-autonomiaren ikuspegitik begiratuta, garrantzitsuena¹²¹ izango da Foru Ogasunek arau dezaketen zerga-bilketaren beherapenak

¹¹⁹ DE LA HUCHA CELADOR, F., «Concierto Económico Vasco y Europa. Fiscalidad Regional: modelos comparados. Comunidad Autónoma Vasca y Comunidad Foral de Navarra», *Congreso Internacional. Concierto Económico Vasco y Europa*, Ad Concordiam, Bilbo, 2007, 392. or.

¹²⁰ ARMESTO MACÍAS, D. eta HERRERA MOLINA, P.M., op. cit., 41. or.

¹²¹ QUINTANA CARRETERO, J.P., loc. cit.; SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., op. cit., 217. or.

kupoaren zenbaketan eragina izango ote lukeen zehaztea, kupoa txikiago bihurtuz. Europako Erkidegoetako Auzitegiaren aurrean Espainiako Gobernuaren ordezkariak aukera hori ukatu egin zuen¹²². Ildo horretatik, finantza-fluxuak, ezta Estatuak ematen dituen zerbitzuen balioespena ere, ez dira aldatuko, Lurralde Historikoetako erakunde eskudunek tributuen aldarazpenak onetsiko badituzte¹²³ ere.

Europako Erkidegoetako Auzitegiak, kupoa zenbatzeko metodoa oso konplexua dela konturatu ondoren, argi eta garbi adierazi du Lurralde Historikoen sarrera fiskalen kopuruak ez duela eraginik kupoaren zenbaketan¹²⁴. Zenbaketa horretan, Estatuarenak diren zamak abiaburu hartu dira Estatuaren Aurrekontu Orokorretan zama horiek duten balioa aintzat hartuta, eta euskal erakundeek kopuru hori zehaztean ezer egin dezakete¹²⁵.

Hori guztia dela eta, foru-zerga bateko karga-tasa gutxitzeak ez du Estatuari ordaindu beharreko kupoan eraginik. Ekonomi Itunaren sistema alde bakarreko arriskua dakarren sistema da. Modu horretara, karga-tasa gutxitzeko neurria hartuz gero zerga-bilketa txikiagoa izango denez,

¹²² Erresuma Batuaren ordezkaria ere argudio horren aldekoa da, 2008ko irailaren 11ko epaiaren 117. idatz-zatitik atera daitekeenez.

¹²³ Behin Estuatiari ordaindu beharreko kupoa zehaztu eta gero, Euskal Autonomia Erkidegoak kupoa ordaindu behar du eta bere baliabideen bilakaerak ez du garrantzirik kupoaren zenbaketan. Euskal administrazioek, beraz, zerga-bilketa txikiagoaren arriskua euren gain hartzen dute, bai euskal ekonomiaren egoera txaragoa delako bai euskal erakundeek erabakiengatik zerga-bilketa txikiagoa delako. Bost urteko epealdiaren hasierako kupoa urtero eguneratu behar da Administrazio zentralak soilik menderatzen dituen aldagaien bitartez, Estatuak urtero bildutako tributuen bilakaera kasu. RUBÍ CASSINELLO, J.G., op. cit., 191. or.; ALONSO ARCE, I., «Las normas fiscales vascas y el Derecho europeo de la competencia», *Ekonomiaz*, 61. zk., 2006, 271. or.; ARMESTO MACIAS, D. eta HERRERA MOLINA, P.M., op. cit., 44. or.

¹²⁴ Ikusi 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 126. idatz-zatia.

¹²⁵ Kupoa zenbatzeko erabiltzen diren aldagai eta parametroak Estatuaren esku soil-soilik daude, Estatuak bere Aurrekontuak onesten dituztenean zehaztuko direlarik. Euskal Autonomia Erkidegoak ezin du zuzenean nahiz zeharka eraginik izan kupoaren zenbaketa finkatzean. RUBÍ CASSINELLO, J.G., loc. cit.

euskal administrazioek (Eusko Jaurlaritzak, Foru Aldundiek eta udalek) diru gutxiago izango dute euren artean banatzeko baina ez du Estatuari ordaindu beharreko kupoan eraginik izango, kupo ez baita aldatuko¹²⁶. Alde bakarreko arrisku hori dela eta, foru-legegileak araugintzan hartutako erabakiak ezin dira Estatu-laguntza izan¹²⁷, nahiz eta neurri horiek, banan-banan hartuta, abantaila fiskalak ekarri lurralde erkideko arauetatik begiratuta.

Edozein kasutan ere, Espainiako Gobernuaren iritziz, Lurralde Historikoen euren tributuen kopuruan egin ditzaketan aldarazpenek ez dute eraginik kupoaren zenbaketan. Epaitu aurreko arazoa bidali duen Auzitegia ondorio berdinetara helduko balitz eta konpentsaziorako bestelako tresnarik izango ez balitz, Lurralde Historikoen behar besteko ekonomia-autonomia¹²⁸ dutela adierazi beharko litzateke¹²⁹.

Kupoa zenbatzeko metodologiari dagokionez, Estatuaren konpentsazioa lau kontusailetatik etor daiteke¹³⁰: EAEk bere gain hartu ez dituen eskumenen balorazioa, Mendekotasun Legearen gastuengatik eman den

¹²⁶ Argi dago kupoaren ereduko ezaugarria aldi bakarreko arriskua dela. Eredue horretan, Euskal Autonomia Erkidegoaren esparruan zergak murrizteko asmoarekin hartutako edozein araugintza-erabakiaren ondorioak ezin zaizkio Estuatuari eskualdatu. Ondorioz, ezin daiteke erabaki horiek ekar dezaketan baliabide publikoen beherakada konpentsatu, ezta zati batean ere. RUBÍ CASSINELLO, J.G., op. cit., 193. or.

¹²⁷ ARMESTO MACÍAS, D. eta HERRERA MOLINA, P.M., op. cit., 46. or.

¹²⁸ MORENO GONZÁLEZ, S., op. cit., 858. or.; ARMESTO MACÍAS, D. eta HERRERA MOLINA, P.M., op. cit., 44. or.

¹²⁹ Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako Ondorioen 116. idatz-zatia.

¹³⁰ Hurrengo lerroetan «El cupo y el criterio de la autonomía económica y financiera a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de septiembre de 2008» izenburupean RUBÍ CASSINELLO jaunak egindako hausnarketa bikainak jarraituko ditut. Hitzaldi hori Europako Erkidegoetako Auzitegiak 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren ondoren euskal Ekonomi Itunaren etorkizunari buruzko jardunaldian eman zuen, Zuzenbidearen Euskal Akademiak Bilbon 2008ko azaroaren 20an antolatuta.

konpentsazioa, Estatuaren defizit publikoa kentzea eta egozpen-koefizientea. Kupo osotik kupo likidoa kalkulatzeko egin behar diren konpentsazioak eta egokitzapenak (Ekonomi Itunaren 53.etik 56.era bitarteko artikulua), ordea, ez dira Estatuarengandik jasotako konpentsazioak¹³¹, ezpada zuzenketa teknikoak dira Zerga Berezien edo BEZaren zerga-bilketa kontsumora egokitzeko.

Hasteko, Euskal Autonomia Erkidegoak bere gain hartu ez dituen eskumenak oker baloratu badira konpentsazioa izan liteke horren azpian. Hala ere, kontusail horiek ez daude euskal administrazioen esku; Estatuak finkatzen ditu Aurrekontu Orokorretan eta ez du kontuan izaten EAEk ordaindu beharreko kupoak.

Hurrenik, Mendekotasun Legeak sorrarazi dituen gastuengatik eman den konpentsazioa dago. Arlo hori Euskal Autonomia Erkidegoak bere gain hartutako eskumen bati dagokionez, gastu hori ez litzateke konpentsatu behar kupoaren zenbaketan, kuporako EAEk bere gain hartu ez dituen eskumenak soilik aintzat hartzen direlako. Kasu honetan, alabaina, Mendekotasun Legeak goitik behera aldatu du eskumenaren balorazioa; balorazio hori ez dator bat Euskal Autonomia Erkidegoak bere garaian eskumena hartu zuenean egin zen balorazioarekin, balioa %40 handitu da eta datorren urteetarako gastua oraindik handiagoa izango da. Kupoaren zenbatzeko hasierako urtean egin zen balorazioa hasierako kupoaren eguneratzeko koefizientea baino askoz gehiago handitu da; hortaz, Ekonomi Itunaren sistemak berak halako kasuetarako aurreikusten duenez, kupoaren zenbaketa berria behar da gertatutako distortsioa zuzentzeko¹³².

¹³¹ ARMESTO MACÍAS, D. eta HERRERA MOLINA, P.M., op. cit., 42-43. or.

¹³² Urriaren 25eko 29/2007 Legearen hirugarren xedapen gehigarria. Lege horrek Euskal Autonomia Erkidegoaren kupoaren zenbatzeko metodologia onetsi zuen 2007-2011 bost urteetarako.

Jarraitzeko, Estatuaren defizit publikoa kentzea¹³³ ere ez da euskal erakundeen alde egindako ezkutuko konpentsazioa. Ekonomi Itunaren sistemak berak behartzen gaitu kupoaren zenbaketatik defizita kentzera. Euskal Autonomia Erkidegoak bere errentaren arabera Estatuaren zamei aurre egiten die; hortaz, Estatuak sarrerak baino gastu gehiago egiten badu bien arteko aldea defizitaren bitartez finantzatzuz, Euskal Autonomia Erkidegoak ere atzerapen horretatik onurak atera beharko luke berari dagokion proportzioan¹³⁴.

Defizit publikoa, bada, itundu gabeko finantzaketa da Estatuarentzat, urteko sarreretatik gora egin diren gastuak ordaintzeko zorduntzeari jo beharko duelako. Defizita kupotik kenduko ez bagenu, birritan ordainduko lirateke Estatuaren gastuak, defizitaren %6,24 ordainduko litzateke eta aldi berean defizit hori estaltzeko Herri Zorraren amortizazioaren %6,24 ere ordainduko litzateke, azken hori EAEk bere gain hartu ez duen eskumena denez kupoaren bitartez ordaintzen baita¹³⁵. Bada *de lege ferenda* bestelako aukerarik ere: defizita ez kentzea baina, era berean, Herri Zorraren amortizazioa ez litzateke sartuko EAEk bere gain hartu ez dituen eskumenen kontusailen artean. Kasu horretan, alabaina, euskal erakundeek egungo sarrerekin ordainduko lukete Estatuaren zorrean

¹³³ Kupoaren zenbaketan aintzat hartuko den defizit publikoa Estatuaren Administrazio zentralarena da. Azken urte hauetan, Gobernu zentralak kontu publikoetan superabita izan duela adierazi du, baina superabit hori lortzeko Estatuaren kontu bateratuetan Gizarte Segurantzaren superabita ere sartzen zen. Gizarte Segurantzaren superabita kenduta, Estatuko Administrazio zentralaren kontuek defizita zuten. Kupoa zenbatzeko, beraz, ez da kontuan hartuko Gizarte Segurantzaren superabita, superabit hori itundu gabeko sarrerekin finantzatzen baita. Labur zurrean, Estatuari ordaindu beharreko kupoa zenbatzean defizita urtero kendu behar izan da, azken urteotan ere bai.

¹³⁴ Defizita kentzearen ordainean, Estatuaren Herri Zorraren amortizazio-kuotak eta korrituak Euskal Autonomia Erkidegoak bere gain hartu ez dituen eskumenen artean sartzen dira eta Euskadik gastu horiek ordaintzen ditu berari dagokion proportzioan. ARMESTO MACÍAS, D. eta HERRERA MOLINA, P.M., op. cit., 44. or.

¹³⁵ Ekonomi Ituneko Legearen 52.Tres.c) artikulua.

dagokien zatia; Estatuak, ordea, zorraren zati hori etorkizuneko sarrerekin ordainduko luke.

Amaitzeko, %6,24ko egozpen-koefizientearen egokitasuna zalantzan jar daiteke¹³⁶, ulerbidez, Euskal Autonomia Erkidegoaren partaidetza hori nahikoa ez delako eta, bide horretatik, Estatuak Euskadiri konpentsazioa ematen diolako. Eta hori guztia, Estatuak EAeko lurraldean egiten duen gastua gorabehera, hots, kupoaren bitartez finantzatzen den gastua eta gero Estatuak Euskadin benetan egiten duen gastua handiagoa edo txikiagoa dela aintzat hartu gabe¹³⁷. Koefiziente hori, ostera, ez da aldatu azken 28 urteetan zehar, bitarte horretan Lurralde Historikoen tributuarauak behin baino gehiagotan aldatu badira ere. Konpentsazioa begibistakoa izango litzateke foru-zergen karga-tasa txikiagoa ezarri den bakoitzean egozpen-koefizienteak ere behera egin izan balu¹³⁸. Beste alde batetik, RUBÍ CASSINELLO¹³⁹ adierazi duenez, estatistikei begiratuz gero, azken 12 urteetako Barne Produktu Gordina merkatu-prezioetan aintzat hartuta Euskal Autonomia Erkidegoaren ekonomiaren batez beste-ko pisua Estatuaren ekonomiaren %6,24koa izan da.

5.4.2. Badago Estatuarengandik bestelako konpentsazio edo transferezentziarik?

Aurreko lerroetan ikusi izan dugunez, kupoa zenbatzeko metodologiak ez du betarik ematen Estatuaren konpentsazioa dagoela ulertzeko,

¹³⁶ Kokott Abokatu Nagusi andrearen aburuz, koefiziente hori 1981etik hona aldatu ez izanak garbi erakusten du kupoaren zenbaketa konpromiso politiko baten emaitza dela. Kupoaren zenbaketa, beraz, ez dator foru-arauketaren aldaketaren ondorioz edo Lurralde Historikoen aldeko konpentsazio ekonomikoa ezartzera. Ikusi Kokott Abokatu Nagusi andreak 2008ko maiatzaren 8an emandako epaiaren 115. idatz-zatia.

¹³⁷ Zehatz esateko, Estatuako Aurrekontu Orokorren 2008rako Proiektuak jaso duen inbertsioen egoera-orriari begiratuta, Estatuak Euskadin egin duen inbertsioa Estatuaren inbertsio osoaren %2 baino txikiagoa izan da. RUBÍ CASSINELLO, J.G., op. cit., 191. or.; ARMESTO MACÍAS, D. eta HERRERA MOLINA, P.M., op. cit., 41. or.

¹³⁸ Ikusi 2008ko irailaren 11n emandako epaiaren 127. idatz-zatia.

¹³⁹ RUBÍ CASSINELLO, J.G., op. cit., 190. or.

Estatuz azpiko erakundeak Estatuarena baino karga-tasa txikiagoa ezarri duenean eta, ondorioz, tributu-neurriaren zerga-bilketak behera egin duenean. Horiek bazter utzita, Estatuaren eta Euskal Autonomia Erkidegoaren artean dauden finantza-transferentzietan bilatu beharko da zerga-bilketa txikiagoaren eta Estatuak ezkutuan ematen duen konpentsazioaren artean egon litekeen kari bidezko lotura. Lurralde-finantzaketaren antolaketan Estatuak edozein transferentzia egin ahal izateko legez jaso behar da; hori dela-eta, ez dago Lurralde Historikoen aldeko Estatuaren ekarpenik legeetan konpentsazio-eginkizuna betetzeko helburuarekin, ez direlako arautu lurralde erkideko autonomia-erkidegoen mesedetan ezarri diren konpentsazioen antzekoak¹⁴⁰. Helburu horrekin esanbidezko transferentziarik ez dagoenez, Estatuarengandik beste konpentsazio zehaztugabe batzuk ikertu behar ditugu.

Lehendabizi, solidaritaterako tresnak aztertu behar dira. Lurralde erkideko finantzaketa-araubidean eta Ekonomi Itunean, solidaritate-tresna horiek Konstituzioaren 158. artikulua aldarrikatutakoak dira¹⁴¹. Artikulu horretan ezarri denez, batetik, Estatuko Aurrekontu Orokorretan funtsezko zerbitzu publikoak eman ahal izateko nibelazio-zuzkidurak sar daitezke eta, bestetik, inbertsio-gastuetarako Konpentsazio Funtsa eratu behar da lurraldeen arteko desoreka ekonomikoak zuzentzeko asmoarekin. Horiek horrela, kupoaren zenbaketan tresna bi horiek EAEk bere gain hartu ez dituen eskumenen izaera dute. Ulerbidez, Lurralde arteko Konpentsazio Funtzaren zuzkidurak EAEk bere gain hartu ez duen eskumenaren izaera du; horregatik, Funtzaren %6,24 Euskal Autonomia Erkidegoak ordaintzen du. Halaber, Euskal Autonomia Erkidegoa ez da Funtsa horren onuraduna izan. Modu horretara ere, Euskal Autonomia Erkidegoak ordaintzen ditu Europako

¹⁴⁰ Lurralde erkidean Konstituzioaren 157.1. artikulutik eta LOFCAtik datozen konpentsazio-tresnak Estatuko transferentzien bitartez gauzaten dira, Lurralde arteko Konpentsazio Funtsa eta Nahikotasun Funtzak erabilia. MANZANO SILVA, M.E., op. cit.

¹⁴¹ RUBÍ CASSINELLO, J.G., op. cit., 193. or.

Erkidegoetako erakundeei eginiko transferentzien zati bat¹⁴², kupoaren bitartez. Diru-sarrera horiek errenta txikiagoa duten Espainiako nahiz Estatu-kideetako beste erregio batzuetan banatzen dira, Europako garapenerako funtsen bitartez.

Euskal Autonomia Erkidegoak bere gain hartu ez dituen eskumenetan Estatuak egiten duen gastuari dagokionez ere, ekarpen garbia egiten da¹⁴³ Euskaditik kanpora egoiliar diren errenta txikiko herritarren mesedetan. Arrazoa begibistakoa da. EAEk bere gain hartu ez dituen eskumenei dagokienez, Estatuaren gastuak herritar guztiei onura berdinak ekartzen dizkien kontusailak dira; horiek horrela, euskal biztanleek Estatuako biztanle guztien %4,82 badira ere, eskumen horien gastuaren %6,24 ordaintzen du kupoaren bitartez. Beste hitzetan esanda, Euskaditik kanpoko herritarrek zerga gutxiago ordaintzen badute ere, Estatuarengandik zerbitzu-maila berdina jasotzen dute, Euskal Autonomia Erkidegoak bere gain hartu ez dituen eskumenen gastuei dagokienez.

Lurraldeen arteko Konpentsazio Funtsa baztertu ondoren, bigarren zalantza Gizarte Segurantzaren gastuen inguruan sortu da¹⁴⁴, batik bat, pentsio moduan jasotako prestazioen inguruan. Gastu horiek ez ditu Euskal Autonomia Erkidegoak ordaintzen. Gastuok Estatuak ordaintzen ditu eta pentsa liteke, modu horretara, euskal erakundeen kasuan Estatuarengandik jasotako konpentsazio bat dela ez dutelako eurei

¹⁴² ARMESTO MACÍAS, D. eta HERRERA MOLINA, P.M., op. cit., 46. or.

¹⁴³ ARMESTO MACÍAS, D. eta HERRERA MOLINA, P.M., op. cit., 47. or.

¹⁴⁴ Gibraltar/Batzordea auzian (T-211/04 eta T-215/04, pilatuak), Europako Batzordeak Gibraltarreko gizarte-segurantzako funts baten finantzaketa aipatu zuen, Erresuma Batuak ordaintzen zuelako. Funtz horrekin ordaindu nahi dira Espainiako herritarrek kobratzen dituzten pentsioak, orain Espainiako egoiliarrak badira ere Espainiako agintariek 1969an Espainiaren eta Gibraltarren arteko muga itxi baino lehen Gibraltarren lan egin baitzuten. Europako Erkidegoetako Lehen Auzialdiko Auzitegiak, alabaina, ez zuen argudio hori aintzat hartu kari bidezko lotura falta delako ordainketa horien eta Gibraltarrek Sozietateen gaineko Zergan ezarri nahi zuen aldarazpenaren artean. Ikusi 2008ko abenduaren 18an emandako epaiaren 103 eta 104. idatz-zatiak.

dagozkien gastuaren zatia kupoaren bitartez ordaintzen, nahiz eta EAEk bere gain hartu ez duen eskumena izan. Egia da kupoaren zenbaketan Gizarte Segurantzaren inguruko kontusail bat aintzat hartu behar dela, hain zuzen ere, Euskal Autonomia Erkidegoak bere gain hartutako gizarte- eta osasun-zerbitzu batzuegatik konpentsazioa jaso da, Estatuaren gainerako lurraldeetan gastu horiek Gizarte Segurantzaren aurrekontutik ordaintzen direlako. Sarrerren gaineko egokitzapen bat da Euskadin diru horien bilketa ez dutelako Foru Ogasunek egiten ezpada Gizarte Segurantzak berak, nahiz eta gastu hori euskal erakundeek gauzatu.

Kupoa zenbatzeko egokitzapen hori albo batera utzita, Gizarte Segurantzaren gastuak ez du eraginik Euskal Autonomia Erkidegoaren finantzaketan, EAEk bere gain hartu ez duen gastua bada ere, itundu gabeko sarrerekin finantzatzen delako, hots, gizarte-kotizazioen bitartez finantzatzen delako. Beste alde batetik, Gizarte Segurantzaren gastua aintzakotzat hartuko bagenu, sarrerren artean ere orain itundu gabe dauden diru-sarrerak kontuan izan beharko genituzke. Horiek horrela, kupoa zenbatzean kontusail negatibo bezala defizita kenduko bagenu, aldi berean hori konpentsatuko litzateke Gizarte Segurantzatik datozen sarrera gehiagorekin, hau da, azalpen honen abiapuntuari begiratuta ondorioa neutroa izango litzateke. Amaitzeko, ezin dugu ahaztu Gizarte Segurantzaren prestazioak onuradunen beharrizan-egoera kontuan izanda ordaintzen direla, onuradun hori zein lurraldetako egoiliar izan eta lurralde horretan lortu den tributuen bilketa gorabehera¹⁴⁵.

Hirugarren eta azken lekuan, Ekonomi Itunak 52.3. artikuluan aipatutako transferentziak daude, erakunde publikoen mesedetan: Euskal Autonomia Erkidegoak kupoaren bitartez ordaindu behar ditu Estatuak beste erakunde publikoei emaniko transferentziak baldin eta transferentzia horiek erabiliko badira Euskal Autonomia Erkidegoak bere gain hartu ez dituen eskumenak finantzatzeko. Artikulu horrek aipatzen ditu

¹⁴⁵ MANZANO SILVA, M.E., op. cit.

Estatuak organismo autonomoak erabiltzen dituenean eta Estatuko sarreren artean jaso ez badira organismoen sarrerak.

6. ONDORIOAK

Zergadunei mesede egiten dieten tributu-neurriek Estatu-laguntza izateko lau betekizunetik hiru betetzen dute, Europako Erkidegoetako Tratatuaren 87. artikulua arabera: abantaila bat ematen dute funts publikoekin, eta enpresen arteko lehia eragina dute, Europako Batzordeak nahiz Europako Erkidegoetako Auzitegiak irizpide horien gainean egiten duten interpretazioa aintzat hartuta. Laugarren betekizunari dagokionez, enpresa batzuei mesede egin behar zaie merkatu berean diharduten beste enpresa batzuekin alderatuta: hautagarritasunaren betekizuna da. Lurralde Historikoen hartutako tributu-neurriek laugarren betekizun hori bete dezakete enpresa jakinen edo jarduera-sektore bateko kideen mesedetan arautzen badira, merkatu berean diharduten beste enpresa batzuekin alderatuta. Egia esateko, aurreko mendearen laurogeigarren hamarkadaren amaieran eta laurogeita hamargarren hamarkadaren hasieran foru-erakundeek onetsi zituzten zenbait pizgarri fiskal hautagarriak zirela ebatzi zen, eta Europako Batzordeak deuseztatu zituen. Nolanahi den ere, garai hartako pizgarri fiskalak hautagarria ziren arrazoi materialengatik, tributu-arauak itxuraz arau orokorrak baziren ere, zenbait ezaugarri zituzten enpresei soilik egiten zela mesede. Ikuspegi horretatik, Estatu-kide batek arauketa berdina onetsi izan balu, Estatu-laguntza bezala kalifikatuko zatekeen ere bai.

Auzitegi Gorenak 2004ko abenduaren 9an emandako epaian, ostera, urrunago doa. Auzitegi Gorenak ebazpen horretan adierazi zuenez, lurralde-hautagarritasunaren irizpidea foru-lurraldeetako tributu-neurrien gainean ere aplikatzeko modukoa izango zatekeen, nahiz eta neurriok orokorrean euren lurraldean diharduten enpresa guztiei aplikatu. Horrela, karga-tasa txikiagoa hautagarri izan zitekeen Euskadin kokatuta

dauden enpresei soilik ekartzen zielako mesedea. Estatu-laguntzaren ulerkera horrek, praktikan, Estatu osoan Sozietateen gaineko Zergaren arauketa bateratzea ekarriko zukeen, Lurralde Historikoek Estatuak hartutako tributu-neurria baino neurri onuragarriagoak edo ezberdinak arautzea debekatzen zelako. Sasi-bide hori erabilia, Ekonomi Itunaren indargabetze inpropioa egiten zen, bai eta tributuen arloan araugintza-eskumenen antolaketa berria ere ordura arte eskudun izan ziren erakundeek eskumen horiek kenduz, baina Administrazioen arteko eskumenen banaketa aldatzeko antolamendu juridikoak ezarri duen bidea erabili gabe.

Europako Erkidegoetako Auzitegiak 2008ko irailaren 11n emandako epaiak goitik behera zuzendu du Auzitegi Gorenaren lana. Europako Erkidegoetako Auzitegiak Estatuko auzitegiaren eskuetan utzi du izaera orokorreko tributu-arauak sortzean foru-erakundeek behar besteko autonomia duten ala ez zehaztea (esaterako, Sozietateen gaineko Zergan lurralde erkidekoa baino karga-tasa txikiagoa ezartzean). Aurrekoaz gain, Europako Erkidegoetako Auzitegiaren adierazpenetatik atera daitezkeen, euskal Foru Ogasunen autonomia behar bestekoa da hiru mailatan: erakunde-autonomian, prozedura-autonomian eta ekonomia-autonomian. Ondorioz, foru-erakundeek onetsitako xedapen fiskalak ez dira hautagarriak izango lurraldeari begiratuta, eta Europako Erkidegoetako Zuzenbidearekin bateragarriak izango dira¹⁴⁶. Labur bilduz, epai horrek ezinbesteko babesa ekarri dio euskal Ekonomi Itunari Europako Erkidegoetako Zuzenbidearekin egokitzeko.

¹⁴⁶ COELLO MARTÍN, C., «Derroteros institucionales del Estatuto de Guernica: Notas sobre la organización institucional vasca», *Revista Vasca de Administración Pública*, 73-II zk., 2005, 141. or.; GARCÍA NOVOA, C., «La sentencia del caso Azores y su influencia en el poder normativo de las Comunidades Autónomas de España», *Dereito*, 15-1. zk., 2006, 234-235. or.; CALDERÓN CARRERO, J.M. eta RUIZ ALMENDRAL, V., «Autonomía financiera de las CCAA vs. Derecho Comunitario: la doctrina del TJCE en el caso Azores», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, II-2006, 3143. or.

Auzitegi Gorenak 2004ko abenduaren 9an emandako epaian erabili ziren argudio guztiak banan-banan desegin dira. Horrenbestez, zentzuzkoa izango litzateke Auzitegi Gorenaren epaian oinarrituta jarri izan diren errekurso guztiak bertan behera geratzea. Errekurso horiek jarri dira 2005etik aurrera Sozietateen gaineko Zergan arauketa berria onetsi duten foru-arauen kontra.

Halaber, Auzitegi Gorenak foru-erakundeen arauketa fiskala deuseztatzeko sarri-askotan erabili izan duen argudioa orain erabil daiteke kontrako esanahiarekin. Auzitegi Gorenak foru erakundeek onetsitako pizgarri fiskalak deuseztatu izan ditu honako argudioarekin: pizgarri fiskal horiek edo antzekoak Europako Batzordeak Estatu-laguntzak bezala kalifikatu dituzenez eta Europako Erkidegoetako Zuzenbidearekin bateraezinak zirela adierazi zuzenez, orduan pizgarriak deusezak dira. Horiek horrela, argudio bera *sensu contrario* zilegia izan beharko litzateke, hau da, Europako Erkidegoetako Auzitegiarentzat Ekonomi Itunaren sistema bateragarria bada Europako Erkidegoetako Zuzenbidearekin eta, ondorioz, Estatu-laguntza ez bada, orduan Auzitegi Gorenak adierazi beharko luke Lurralde Historikoek izaera orokorrekin onetsitako Sozietateen gaineko Zergaren arauketa Zuzenbidearekin bat datorrela, zerga horren Estatuko arauketarekin bat ez etorri arren.

Amaitzeko, tributuen arloan eskumenen banaketa asimetrikoa Estatu-laguntzen araubidearen aplikaziotik at gera daitekeela onartu duenez, Europako Erkidegoetako Auzitegiak Estatuz azpiko erakundeen tributusistemak parekatu ditu Europar Batasuneko edozein Estatu-kideren tributusistemarekin, baldin eta Estatuz azpiko erakundeak behar besteko autonomia badu. Zeharka bada ere, Luxenburgoko Auzitegiak harmonizazio fiskalera jotzeko agindua eman du¹⁴⁷, asimetria fiskal horrek merkatu erkidearen funtzionamendu egokian sorraraz ditzakeen desorekak konpontzeko.

¹⁴⁷ URREA CORRES, M., loc. cit.

JURISPRUDENCIA
JURISPRUDENTZIA
CASE LAW COMMENTARY

Casos prácticos. Seminario de Derecho Registral de Euskadi. Curso 2007-2008

CARLOS BALLUGUERA GÓMEZ

Registrador de la Propiedad y Doctor en Derecho

JAVIER REGÚLEZ LUZARDO

Registrador de la Propiedad

I. OCTUBRE, 2007

1. OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO EN EL PAÍS VASCO

Se plantea al Decanato del País Vasco por diversos promotores cuales serán las exigencias notariales y registrales referentes al Libro del Edificio destinado a Vivienda y las exigencias derivadas de la Legislación del suelo a la luz de la Resolución-Circular de la DGRN de 26 de julio de 2007.

En particular interesa esa disposición en relación con la legislación vigente en la Comunidad Autónoma del País Vasco, a saber, la LSUE y el Decreto 250/2003 del 21 de octubre, sobre el Libro del Edificio destinado a Vivienda de la Consejería de Vivienda y Asuntos Sociales, donde no se requiere ni la protocolización notarial del libro para el otorgamiento de la escritura, ni cualquier tipo de actuación física o documental respecto a la inscripción registral.

El art. 7 de la Ley 38/1999, de Ordenación a la Edificación obliga a la constitución del Libro del Edificio, disponiendo en su párrafo tercero que “toda la documentación a que hacen referencia los apartados anteriores, que constituirá el Libro del Edificio, será entregada a los usuarios finales del edificio.”

La resolución-circular de la DGRN de 26 de julio de 2007 dispone que el mismo debe ser objeto de depósito ante cualquier notario, quién “deberá hacer constar en la correspondiente escritura, la existencia del Libro del Edificio y su disponibilidad para cumplir con su obligación de entregar un ejemplar del mismo a cada uno de los usuarios del edificio”.

En el País Vasco, el Libro del Edificio fue objeto de regulación por medio del indicado Decreto 250/2003, que vino a regular la materia en orden a asegurar los derechos de los usuarios finales de las viviendas.

En el Libro del Edificio de Euskadi, no sólo se contendrá la documentación relativa a las características físicas y técnicas del edificio, sino también las circunstancias relativas a su régimen jurídico, de modo que en el Cuaderno de registro del Libro en su capítulo de datos iniciales habrán de contenerse datos relativos a la inscripción de la declaración de obra nueva y, en su caso, de la inscripción del régimen de propiedad horizontal con la cuota de participación de los elementos independientes.

Por su parte el art. 9 del indicado Decreto, dispone que los manuales de la vivienda se entregarán de forma individualizada e independientemente en el momento de la entrega de las llaves de cada vivienda y de la firma de escrituras.

Caso de que la transmisión del edificio se realice en bloque en el acto de la transmisión el promotor deberá entregar el Libro al adquirente. En caso de propiedad horizontal, cuando se constituya la misma el promotor entregará el libro al administrador.

Se indica también que en todo caso deberá quedar constancia de la existencia del Libro en el cuerpo de la escritura de compraventa. Además, el art. 13 establece que el citado Libro se ubicará en un armario anclado a elementos fijos del edificio, en una zona o espacio común de fácil accesibilidad.

A la vista de ello, una parte de los asistentes consideró que la vigencia en el País Vasco del Decreto 250/2003 de 21 de octubre, sobre el Libro

del Edificio Destinado a Vivienda choca con el pronunciamiento de la DGRN sobre su depósito notarial previo, por distintas razones. Vamos a examinarlas a continuación.

En primer lugar, como se ha dicho, en el libro edificio han de constar los datos de la escritura de obra nueva (art. 4.3 b y c y 8.1) y, en su caso, los de división horizontal e inscripción en el Registro.

Dicha constancia habrá de realizarse en el capítulo de datos iniciales del Cuaderno de registro del Libro, mientras que las incidencias que se presenten con posterioridad en el edificio se harán constar de forma sucesiva, en el capítulo del Registro de incidencias.

De ambas circunstancias se desprende que la inscripción de la declaración de obra nueva y de la constitución del régimen de propiedad horizontal son anteriores y no posteriores a la constitución del Libro.

En segundo lugar, el art. 10 obliga al promotor a entregar el libro al administrador y no al notario, a quien la norma encomienda su llevanza. Finalmente, el Libro del Edificio deberá estar guardado en el armario regulado en el artículo 13 y no en la Notaría.

De otro lado, parece más lógica, en cuanto a la ubicación del Libro, la solución del Decreto que el depósito notarial, teniendo en cuenta que el autorizante de la escritura de obra nueva puede no ser el mismo que el de las escrituras de compraventa posteriores.

Esa divergencia dificultaría o incluso impediría el cumplimiento por el notario de su obligación de entregar el libro a los usuarios, pues no se adivina en virtud de qué podría el Notario facilitar copias del libro a personas ajenas al otorgamiento del acta de depósito.

Como hemos visto, el art. 10.2 del Decreto indica que “en todo caso deberá quedar constancia de su existencia [del libro] en el cuerpo de la escritura de compraventa.” Aunque la falta de tal constancia, por sí sola, difícilmente será causa de nulidad o anulabilidad del contrato ni de sus-

pensión de la inscripción, se considera que la expresión de la misma no plantea dificultades, supuesta la existencia del Libro.

En definitiva, la interpretación de la exigencia del art. 19 LS de acreditación documental, para la inscripción de la declaración de obra nueva, del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios, ha servido de fundamento a la Instrucción de la DGRN, pero se trata de un fundamento problemático.

Por una parte, el depósito se halla en contradicción con la legislación autonómica aplicable, por otra, la exigencia del cumplimiento de requisitos necesarios para la entrega de la edificación a sus usuarios es temporalmente incoherente, ya que se trae al momento de la declaración de obra nueva requisitos pertinentes para la entrega de la edificación a sus usuarios.

Ambas circunstancias desembocan en un círculo vicioso ya que la legislación autonómica exige la inscripción de la declaración de obra nueva antes de la constitución del Libro del edificio y la Instrucción el depósito del mismo antes de la declaración de obra nueva.

2. CONSTANCIA REGISTRAL DEL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS EN LÍNEAS FERROVIARIAS

La Entidad pública Euskal Trenbide Sarea-Red Ferroviaria Vasca (ETS) plantea lo siguiente: La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario, impone a los promotores de actuaciones en las zonas de protección de dominio ferroviario, la obligación de costear las obras necesarias para salvaguardar paisajes o construcciones y limitar el ruido provocado por el tránsito en las líneas ferroviarias.

Dicha obligación se hace constar en la correspondiente licencia de construcción de nuevas edificaciones, sin embargo, no se traslada a los

sucesivos adquirentes de las edificaciones, que luego reclaman a la Administración la realización de tales obras.

Se plantea si habría alguna fórmula registral para trasladar estas obligaciones a los sucesivos adquirentes. En concreto plantean la posibilidad de hacerlo constar por nota marginal de duración indefinida al amparo del art. 74 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, que determina la posibilidad de que las condiciones impuestas por las leyes o los planes en una autorización administrativa puedan hacerse constar por nota marginal.

Esta materia se halla regulada por los arts. 12 y ss. de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario y 24 y ss. de su Reglamento aprobado por Real Decreto 2387/2004, de 20 de diciembre.

En tales normas se distingue entre una zona de dominio público, otra de protección y una de límite de la edificación, indicándose en el art. 24.2 de la Ley que el administrador de infraestructuras ferroviarias podrá ejercer, en cualquier momento, respecto de los bienes de dominio público de su titularidad o de aquellos cuya gestión le haya sido atribuida por el Estado, las facultades de administración, defensa, policía, investigación, deslinde y recuperación posesoria que otorga a la Administración General del Estado el texto articulado de la Ley de Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, que al haber sido derogado por la Ley 33/2003, de 3 noviembre 2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP en adelante), se entenderá sustituido por ésta.

Por su parte, el art. 41.7 del Reglamento indica que el administrador de infraestructuras ferroviarias podrá ejercer, en cualquier momento, respecto de los bienes de dominio público de su titularidad o de aquellos cuya gestión le haya sido atribuida por el Estado, las facultades de administración, defensa, policía, investigación, deslinde y recuperación poseso-

ria, pudiendo realizar las certificaciones administrativas de dominio previstas en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, para su presentación en los registros públicos, en orden a regularizar la situación catastral y registral de dichos bienes.

Además, debe tenerse en cuenta (1) la obligación de la Administración de inscribir en los registros correspondientes, conforme al art. 36 LPAP, sus bienes o derechos susceptibles de inscripción; (2) el carácter de servidumbres legales de las limitaciones dispuestas por la Ley en la zona de protección y límite de la edificación; y (3) la desaparición, tras la reforma del RH de 1998, de la excepción a la inscripción de las servidumbres legales.

De ello, cabe, entonces, concluir que el administrador de infraestructuras ferroviarias se halla obligado a inscribir tales limitaciones sobre las respectivas zonas mediante el acto por el que se delimiten las mismas. A ese efecto dicho Administrador deberá realizar el correspondiente deslinde e inscribirlo conforme al art. 50 y ss. de la LPAP.

Por otra parte, conforme al art. 15.4 de la Ley del sector ferroviario, en las construcciones e instalaciones ya existentes podrán realizarse, exclusivamente, obras de reparación y mejora, siempre que no supongan aumento de volumen de la construcción y sin que el incremento de valor que aquéllas comporten pueda ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios.

En definitiva, al margen de la indudable eficacia administrativa de las obligaciones de los promotores de costear las obras de salvaguardia de paisajes, construcciones o de limitación de ruidos, la inscripción de la servidumbre sobre los terrenos que se hallen dentro de la zona de protección o de límite de la edificación, desde el momento en que se practique, producirá efectos frente a tercero, conforme al art. 13.I LH.

3. EXPROPIACIÓN FORZOSA

En el folio de la finca consta nota de expedición de una certificación de cargas al amparo del art. 32 RH con más de tres años de antigüedad pero sin que se haya presentado el correspondiente título expropiatorio.

Desde la Notaría se indica que la expropiación ha tenido lugar y que afectando a parte de la finca, los titulares registrales ahora se proponen vender y se plantean el modo de formalizar dicha venta de la parte no expropiada.

La operación que anuncia la nota marginal de expedición de certificación de cargas es la de segregación y transmisión por causa de expropiación, la cual, sin embargo, no ha llegado al Registro.

En ese caso, lo que procede, conforme al art. 47.III RH es realizar una operación sobre el resto, para lo que bastará que en la escritura se indique esa circunstancia. De ese modo la compraventa se inscribirá en el folio de la matriz haciéndose constar en la inscripción la superficie a la que se refiera la compraventa y reflejando al margen de la inscripción de propiedad precedente la inscripción de la operación sobre el resto y la superficie pendiente de segregación.

4. COMUNICACIÓN DE LA ACEPTACIÓN AL DONANTE

En escritura de 14 de setiembre de 1967 un viudo dona dos fincas a su hija en usufructo y a dos nietos en nuda propiedad. La hija acepta en la misma escritura. En representación de los nietos, menores de edad, acepta su padre en escritura de 19 de junio de 1968.

Tales títulos fueron presentados en reiteradas ocasiones en el Registro. Por notas al pie del documento se comunicó la suspensión de la inscripción en relación con la nuda propiedad por no acreditarse la correcta

notificación de la donación al tutor del donante, la aceptación por éste de dicho cargo y la inscripción del mismo en el Registro de Tutelas, entre otros defectos que no interesan al caso por haber sido subsanados.

Obran en el historial de la finca dos anotaciones de suspensión por defecto subsanable hoy canceladas en cuanto a la nuda propiedad de las fincas y convertidas en inscripción en cuanto al usufructo.

La explicación de lo anterior reside en que a la fecha de aceptación de la donación por el padre en representación de los donatarios de la nuda propiedad, menores de edad, el donante ya había sido incapacitado, según resulta de las anotaciones de suspensión en su día practicadas y, hoy, ya canceladas. En la escritura de aceptación también se hace referencia a la notificación al tutor.

La doctrina debate si la aceptación hecha en vida del donante pero que no llega a su conocimiento produce o no efectos. Un sector y la jurisprudencia tradicional entienden que si la aceptación no llega a conocimiento del donante no surte efecto por faltar el concurso de voluntades. Ejemplos de esta corriente son MANRESA y MARÍN CASTÁN.

Para la doctrina y jurisprudencia modernas, en primer lugar, es necesario salvar cierta contradicción existente entre los arts. 623 y 629 del CC en el sentido de que desde la aceptación la donación se perfecciona si bien puede ser revocada por el donante antes de que llegue a su conocimiento dicha aceptación, cesando con el fallecimiento la posibilidad de revocación, ya que la misma es personalísima y no se transmite a los herederos.

Por tanto, conforme a la interpretación del art. 623.II CC sostenida por esa última corriente, de la que son muestras la STS de 17 de abril de 1998 y autores como ALBALADEJO, LACRUZ y ZURILLA CARIÑANA, lo indispensable es que la aceptación se haga en vida del donante aunque no llegue a su conocimiento.

En el presente caso, atendiendo a que la aceptación se hizo tras la declaración de incapacidad del donante, se plantea si esa circunstancia temporal afecta a la eficacia de la aceptación.

El incapaz, mientras viva puede recuperar su capacidad, por lo que para la mayoría no cabe asimilar la declaración de incapacidad con la muerte, de donde, a su vez, resulta que en el presente caso la notificación al donante es admisible, en la persona de su tutor o representante legal.

5. NÚMERO DE CUENTA EN LA AMPLIACIÓN DE HIPOTECA

Plantea cierta gestoría si en las ampliaciones de hipoteca tienen que hacer constar el número de cuenta, ya que en unos Registros se pide y en otros no.

En algunos casos se emplean cláusulas como la que sigue: "Don XXX, confiesa recibir con fecha valor del día de hoy del Banco XXX, la cantidad de XXX, importe a que asciende la referida ampliación del préstamo, la cual se entrega por el Banco mediante abono en la cuenta nº XXX que tienen los prestatarios abierta a su nombre en la Sucursal del Banco en XXX." También se plantea si, en su caso, dicho número se debe reflejar en el asiento registral.

Con la referencia a un número de cuenta se intenta determinar el modo en que se ha hecho entrega del dinero al prestatario, circunstancias cuya constancia exige cierto detalle dada la naturaleza real de muchas de las operaciones crediticias.

Por eso si el número consta en la escritura lo ordinario es hacerlo constar en la inscripción, pero no se aprecia que exista una obligación de que la entrega se haya de realizar mediante abono en cuenta con indicación de su número, ni en la operación de crédito inicial ni en la ampliación posterior con aumento de la garantía.

6. LIQUIDACIÓN TELEMÁTICA, ASIENTO CADUCADO

Se presenta una escritura telemáticamente y al poco tiempo se presenta, también telemáticamente, la liquidación.

La escritura se califica con defectos y al no subsanarse a tiempo caduca el asiento de presentación. Plantean los interesados si pueden ahora presentarla físicamente o si están obligados a volver a tramitarla telemáticamente.

Además, dado que la copia física no tiene sello de liquidación, plantean si tienen que volver a pasarla por Hacienda o si basta con la liquidación telemática que se presentó en su día.

Conforme art. art. 6.2 a) de la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, estos tienen el derecho a elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas.

Además, el art. 27.1 de dicha Ley, permite al usuario la elección del medio de comunicación con las Oficinas Públicas, de suerte que la opción de comunicarse por unos u otros medios no vincula al ciudadano, que podrá, en cualquier momento, optar por un medio distinto del inicialmente elegido.

De ello se desprende, que se encuentra en la disponibilidad del interesado el elegir si la presentación la hace de modo telemático o presencial. Además, se consideró que también queda a su alcance en el procedimiento iniciado con la presentación telemática la opción de continuarlo en papel, terminándolo por medio de una certificación registral en papel o electrónica, o en ambas formas, a elección, también del interesado.

Por otra parte, dado que la liquidación telemática ha quedado incorporada al archivo electrónico del registrador, no se ve dificultad, una vez

comprobada la identidad entre dicha liquidación y el documento que se presenta, en el sentido de ser el acto contenido en tal documento el que fuera objeto de pago telemático, no se vio dificultad en admitirla como justificante sin reclamación de nuevos trámites.

Ahora bien, conforme al art. 6.2.b de la indicada Ley de acceso electrónico, tal vez fuera necesario respecto de datos de carácter personal, que se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

7. CADUCIDAD DE COPIAS ELECTRÓNICAS

Se plantea si estando vigente el asiento de presentación puede despacharse una copia electrónica para la que ha transcurrido el plazo reglamentario de validez de la misma.

El art. 224.4.III RN dispone que las copias autorizadas electrónicas una vez expedidas tendrán un plazo de validez de sesenta días a contar desde la fecha de su expedición.

Desde una interpretación literal del precepto se estimó por parte de los asistentes que transcurrido sin despachar el mencionado plazo no puede procederse al despacho de la copia sino que es precisa la expedición de una nueva.

Ahora bien, la resolución de la DGRN de 4 de junio de 2007 indica que el registrador se deberá limitar a calificar que entre la expedición de la copia electrónica y su remisión no ha transcurrido dicho plazo, pues en caso de que lo haya hecho la validez de la copia decae, por lo que una vez ingresada la copia en el Registro sin haber caducado, vale para el procedimiento registral sin una nueva consideración del plazo.

8. PROPIEDAD HORIZONTAL: EXCESO DE CABIDA AL TRANSFORMAR UN LOCAL EN VIVIENDA

Se presenta una escritura de transformación de local en vivienda con la correspondiente licencia municipal. En el Registro se describe el local señalando que tiene cincuenta y tres metros cuadrados de superficie construida, sin hacer referencia a sus linderos.

En la descripción que se da en la escritura tras la transformación se señala que ocupa actualmente una superficie construida de cincuenta y nueve metros cuadrados y útil de cuarenta y siete.

Se plantea si debe tener acceso al Registro pero suspendiendo en cuanto al exceso por no quedar acreditado, o si debe acceder al mismo con la superficie registral, pero añadiendo lo que ocupa según el título, o incluso si debe hacerse constar sin más la nueva superficie descrita por considerarse como una rectificación de error en la descripción. En caso de exigirse la acreditación de la identidad del exceso se plantea que medios de acreditación debería admitir el Registro.

No es posible para la constatación de la nueva superficie acudir a algunas de las vías que se contemplan en el art. 298.3 RH ya que, respecto de su párrafo primero la inmatriculación se ha producido con otra cabida menor, respecto del segundo y cuarto el exceso es mayor de la vigésima parte.

Sin embargo, quedaría entonces abierta la vía del párrafo cuarto, es decir, por medio de expediente de dominio o en virtud de acta de presencia y notoriedad recogida en el apartado décimo del art. 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

En todo caso, será necesario que el Registrador no tenga dudas fundadas sobre la identidad de la finca, para lo cual cabe acompañar certificación del arquitecto expresiva de que no ha variado entre una y otra inscripción la línea perimetral de la finca.

9. TRASTERO VINCULADO *OB REMA* PISO DE OTRO EDIFICIO

Se plantea si es posible vincular *ob rem* un trastero de un edificio a una vivienda de otro que se encuentra separado del primero por varias calles.

La DGRN admite vincular *ob rem* la titularidad de un local, con la de otro situado en un edificio *contiguo*, exigiendo sólo que entre las dos fincas exista, como causa económica y a la vez jurídica que justifique esta conexión, una cierta relación de destino, dependencia, accesoriedad e incluso de servicio. Da además gran importancia al principio de autonomía de la voluntad.

Las vinculaciones *ob rem* deben interpretarse de forma estricta por la limitación del dominio que suponen, sin embargo con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad y en que el poder de disposición corresponde en exclusiva al propietario, puede admitirse una vinculación *ob rem* entre el trastero y el piso de otro edificio con justificación en una relación de destino o causa económica entre uno y otro elemento.

No parece que afectase tal operación al título constitutivo, al tratarse de una operación meramente formal y no material, con lo que no sería necesario acuerdo por unanimidad de la junta de propietarios.

Además, es frecuente que se establezcan estas vinculaciones entre distintas fincas, no colindantes, por ejemplo, para ligar una zona de recreo a determinados pisos o viviendas.

Sin embargo, dicha vinculación se consideró como limitación dominical en cuanto que se vincula la disposición de un elemento a la de otro, la cual, para su establecimiento, requiere una causa que la justifique.

Así, mientras que en las urbanizaciones citadas, con zona de recreo vinculada a las viviendas, existe una clara relación de servicio que justifica la vinculación, en el presente caso, la falta de colindancia no se halla contrapesada por esa relación de servicio ni por causa alguna que justifique, más allá de la voluntad del propietario único, dicha vinculación.

II. NOVIEMBRE, 2007

1. MÁS SOBRE EL LIBRO DEL EDIFICIO EN EL PAÍS VASCO

La Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución Circular de 26 de julio de 2007 resolviendo la consulta planteada por la Asociación de Promotores Constructores de España, ha interpretado que cuando el artículo 19 de la Ley del Suelo utiliza la frase “*los requisitos documentales exigidos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a los usuarios*”, se está refiriendo al Libro del Edificio que según el artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación será entregado a los usuarios finales.

Por ello, señala la Dirección, no se autorizarán por los Notarios ni se inscribirán por los Registradores escrituras públicas de declaración de obra nueva terminada, o actas de finalización de obra, sin que se les acredite la existencia y depósito del Libro del Edificio.

Añade además que el promotor deberá depositar ante cualquier Notario un ejemplar del Libro del Edificio, acompañado de la certificación del arquitecto director de la obra, acreditativo de que ése es el libro correspondiente a la misma y que le ha sido entregado tal libro al promotor; dicho depósito deberá ser objeto de la correspondiente acta de depósito; el Notario deberá hacer constar en la correspondiente escritura, la existencia del Libro del Edificio y su disponibilidad para cumplir con su obligación de entregar un ejemplar del mismo a cada uno de los usuarios de la edificación.

A la hora de trasladar esta regulación a la práctica diaria en las oficinas registrales del País Vasco, se plantean importantes interrogantes y problemas que no parece que tengan fácil solución, como ya vimos en la sesión anterior.

La materia de vivienda y urbanismo presenta una gran complejidad que en el plano jurídico se expresa en la diversidad de regulaciones que

confluyen sobre la misma, ya sean de índole civil, consumerista, urbanística, etc.

Sin embargo, hay que partir recordando que en esa materia, tanto la Constitución en su art. 148.1.3, como el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco en su art. 10.31 reconocen a la misma competencia exclusiva, lo que es corroborado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997.

Por ello, con el fin de que los usuarios tengan la documentación e información suficiente y necesaria para llevar a cabo un uso y mantenimiento adecuados de los edificios, corresponde a la Comunidad Autónoma la facultad para regular y desarrollar los aspectos relativos al Libro del Edificio destinado a viviendas.

En ejercicio de estas competencias la Comunidad Autónoma del País Vasco ha procedido a regular el Libro del Edificio a través del Decreto 250/2003, de 21 de octubre, sobre el Libro del Edificio destinado a vivienda, complementado con la Orden de 22 de octubre de 2003 por la que se aprueban los modelos de documentos que conforman el Libro del Edificio destinado a vivienda.

La regulación que se hace en este Decreto del Libro del Edificio es muy detallada y exhaustiva, pero ni la regulación autonómica ni la estatal, recogen la obligación por parte del promotor de depositar el Libro del Edificio ante Notario, ni tampoco que el cumplimiento de esta obligación de depósito deba exigirse por el Notario para autorizar escrituras públicas de obra nueva, y por el Registrador para dar acceso a la misma a los Libros del Registro.

Lo cierto es que la regulación contenida en el mencionado Decreto autonómico parece que choca frontalmente con las pautas fijadas por la Dirección, y a modo de ejemplo se pueden recordar una serie de puntos concretos:

(1) La custodia del Libro se encarga al Administrador, no al Notario. En efecto, en el caso de propiedad horizontal, el Libro del Edificio se entregará al Administrador, que será el encargado de llevarlo al día y firmar las incorporaciones que al mismo se produzcan (art. 10).

(2) El Libro debe depositarse en un armario situado en el edificio, no en la Notaría. La regulación es minuciosa, indicando que debe ubicarse en un armario anclado a elementos fijos del edificio, en un espacio común; además este armario debe tener unas dimensiones determinadas, debe estar hecho de materiales ignífugos, antihumedad y debe tener puertas dotadas de cerradura (art. 13).

(3) El Libro del Edificio es un registro vivo. A él se le incorporará cualquier documento relativo a obras o transformaciones posteriores a la edificación (art. 10). Más que un libro es un auténtico registro de documentos relativos al edificio que se irá completando durante toda la vida de éste. Por tanto las actualizaciones de este Libro del Edificio, de naturaleza esencialmente cambiante, se verían muy dificultadas en caso de su ubicación en la Notaría.

(4) Ha de estar próximo a los usuarios. El Libro del Edificio debe estar a disposición de todos los propietarios, así como de otros usuarios del edificio (art. 11). Parece que el legislador autonómico pretende facilitar el acceso de los propietarios al Libro del Edificio, de tal manera que de un modo sencillo puedan tener información suficiente sobre el uso y mantenimiento del edificio, lo que no parece que concilie muy bien con las dificultades de acceso que podría suponer el hecho de que estuviera ubicado en una Notaría, que podría ser incluso cualquier Notaría del territorio nacional.

(5) El Libro del Edificio ha de estar a disposición de la Administración competente. El Libro del Edificio debe estar a disposición de los representantes del Gobierno Vasco para que éste pueda realizar las oportunas inspecciones, debiendo de contener un espacio dedicado a la constancia

documental de las mismas (arts. 11 y 14). Sin embargo, el depósito notarial del libro plantearía las mismas dificultades señaladas en el punto anterior.

(6) Constitución del libro posterior a la inscripción de la obra nueva. Finalmente, una de las partes del Libro del Edificio, el “Cuaderno del Edificio”, en el capítulo destinado a “datos iniciales” deben hacerse constar el nombre del Notario que ha otorgado la escritura de declaración de obra nueva, el número de protocolo y la fecha, así como los datos de inscripción en el Registro de la escritura de declaración de obra nueva (art. 4).

Ello puede llevar a pensar que esos datos de la escritura y de la inscripción deben ser previos a la confección del libro; si bien esto puede matizarse dado que, como se ha apuntado, el Libro del Edificio se concibe como algo vivo y cambiante, de constitución paulatina, y por tanto cuenta con la posibilidad de ir incorporando actos relativos a la vida del edificio a lo largo del tiempo y conforme se vayan produciendo.

En definitiva la regulación autonómica vasca parece incompatible con la interpretación que hace la Dirección en la Resolución Circular, y esto lleva a los Registradores y otros operadores jurídicos a una situación de cierta confusión.

De lo que no parece que haya dudas es de que la Dirección ha dictado una serie de “normas” que escapan a la competencia del Estado, cruzando así una línea competencial que no quiso cruzar el legislador estatal al remitirse en el confuso art. 19 de la Ley del Suelo a la normativa autonómica reguladora de la edificación y en el art. 7 de la Ley de Ordenación de la edificación, referido al Libro del Edificio, a la normativa que le sea de aplicación, es decir, a la autonómica. Aparecen así ante las registradoras y registradores del País Vasco dos opciones.

Primera. Aplicar la Resolución Circular, en lo compatible con la normativa autonómica, en concreto, en cuanto a la exigencia de que se acre-

dite documentalmente a Notarios y Registradores la existencia del Libro del Edificio, según la configuración, ubicación y demás aspectos fijados por la normativa autonómica, sin que quepa exigir su depósito ante Notario.

Esta posición que la mantienen algunos Notarios del País Vasco que ya han presentado en los Registros escrituras de obra nueva en las que con relación al Libro del Edificio se señala:

“Asimismo, deberá acompañarse certificación expedida por el Arquitecto Director de la obra que acredite que se ha entregado al Promotor el Libro del Edificio correspondiente a la obra nueva cuya finalización se declara en el presente, y que cumple los requisitos que legalmente se exigen para dicho Libro”.

“Respecto del depósito notarial del Libro del Edificio a que se refiere la Resolución-Circular de la DGRN de fecha 26 de julio de 2007, en consulta sobre el artículo 19 de la Ley 8/2007, de 27 de mayo, de Suelo, no puede efectuarse dicho depósito por cuanto ello impediría al promotor cumplir las disposiciones contenidas en el Decreto del Gobierno Vasco 250/2003, de 21 de octubre sobre el Libro del Edificio destinado a vivienda”.

“Dichas certificaciones, en su caso quedarán incorporadas a la presente mediante diligencia a continuación, o bien protocolizadas en acta separada de la que dejaré constancia en la presente”.

Segunda. Entender que la Resolución Circular no puede ser en ningún caso de aplicación por parte de Notarios y Registradores. Ello se apoya en varias razones. En primer lugar por su contradicción con la regulación autonómica vasca, la aplicación de la Circular supondría dar cabida a una injerencia en las competencias propias de las Comunidades Autónomas.

En segundo lugar, en que establece una regulación de carácter sustantivo “extra-*legem*” que no tiene apoyo legislativo, puesto que no hay

ninguna norma autonómica ni estatal que establezcan la obligación de depósito ante Notario del Libro del Edificio.

En tercer lugar, porque la Circular no ha sido publicada en el B. O. E. y se trata, por tanto, de una mera contestación privada de la Dirección a la Asociación de Promotores y Constructores de España que no tiene por qué vincular a Notarios y Registradores.

No obstante, las dudas permanecen. Así, se tienen noticias de Notarios que han empezado a admitir depósitos del Libro del Edificio, con posturas diversas, así, hay quienes aceptan el depósito por diez años, por entender que no cabe a perpetuidad.

Por su parte, algunas Comunidades Autónomas disponen el depósito del Libro en el Registro de la propiedad. También genera perplejidad el que el usuario de la edificación deba dirigirse a la Notaría para obtener información sobre el libro.

Sin embargo, quedó claro entre los asistentes la necesidad de reclamar en la escritura de declaración de obra nueva la afirmación de existencia del Libro del Edificio, debiendo extender en caso contrario acuerdo de calificación suspensivo de la inscripción fundamentado tanto en el art. 19 LS como en la correspondiente normativa autonómica.

2. REDIVISIÓN DE COMUNIDAD DE GARAJES

En un régimen de propiedad horizontal existe un elemento destinado a garajes en el que se forma una comunidad de sesenta elementos de los que diez ya han sido vendidos.

En el folio del elemento destinado a garajes se han descrito todos y cada uno de los mismos, pero no los elementos comunes, sin que se expresen, en el asiento, reglas de comunidad.

Ahora el propietario inicial y promotor del garaje, dadas las dificultades del mercado se propone redividir las cuotas y zonas que están en su poder para lo que la notaría plantea si se exige el consentimiento de la junta de propietarios.

Un caso semejante ya se trató en la sesión de 27 de marzo, donde se concluyó que dada la asignación de zonas a cada cuota indivisa, no era posible subdividir las zonas ni reasignarlas sin el acuerdo de la junta de la comunidad de garajes. Pueden verse en aquel lugar con más detalle los argumentos que se esgrimieron entonces.

3. CLÁUSULA HIPOTECARIA: LOS INTERESES ORDINARIOS ENGLOBALAN LOS MORATORIOS

Se plantea en la Lista Libre la inscribibilidad de una cláusula de intereses por la que se garantizan dos años de intereses ordinarios al quince por ciento y dos años de moratorios al veinte, añadiendo que los intereses moratorios engloban a los ordinarios, de manera que el límite total es de dos años al veinte por ciento.

Entiende el proponente que la cláusula no es sólo contraria al principio de especialidad sino también a la doctrina de la DGRN. Sin embargo, parece que en muchos Registros simplemente se quita la coletilla y se deja como una hipoteca normal.

No obstante, el problema se plantea al entender que el quitar la coletilla implica admitir por la inscripción de una responsabilidad mayor, la resultante de sumar intereses moratorios y de demora, un pago del impuesto por una cantidad menor, sólo dos años al veinte por ciento.

En ese sentido, también se propone denegar la inscripción de la cláusula en virtud del vigente principio de especialidad o determinación que exige la distribución de las cantidades garantizadas entre los conceptos

respectivos, conforme a los arts. 12 y 132.3º LH y 692.1.I LEC, mientras que el establecimiento de un límite único de responsabilidad por intereses remuneratorios y de demora se considera confuso.

Desde otro punto de vista se indica que lo que quiere decir la coletilla es que en ningún caso se podrán reclamar por intereses más de dos años al veinte por ciento, dentro de las cifras máximas antes definidas.

Esto es, se podrán reclamar intereses ordinarios y de demora dentro de los límites y topes establecidos, pero la reclamación por concepto de intereses no podrá exceder de dos años al veinte por ciento.

Otras opiniones están de acuerdo con esta última interpretación y señalan que no se debe suprimir la coletilla, ya que fija el límite de responsabilidad por el concepto de intereses, ya se reclamen conjunta o individualmente. Por su parte, en el Seminario de Madrid mayoritariamente se ha acordado la inscribibilidad de tal cláusula.

Los presentes comparten la postura del Seminario de Madrid favorable a la inscribibilidad de la cláusula. En ese sentido se considera de interés la resolución de la DGRN de 30 de noviembre de 2002 que en su apartado segundo indica que la doctrina del Centro Directivo contenida en las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, precisada por la resolución de 18 de diciembre de 1999, ratificada por otras posteriores, no pretende afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, mas, respetada esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar que todos los intereses sean remuneratorios o moratorios, realmente devengados y cubiertos por las respectivas definiciones de su garantía hipotecaria dentro de los máximos legales, aun cuando se reclamasen intereses remuneratorios de los últimos cinco años e intereses moratorios, también, de las cinco últimos años, si así se procediera por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengan unos y otros y por

tanto, a ambos puede extenderse la garantía hipotecaria dentro de los límites dichos.

4. AMPLIACIÓN DE EMBARGO Y CARGAS INTERMEDIAS

Se presenta un mandamiento ordenando ampliar una anotación de embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, sin embargo hay cargas intermedias. Las obligaciones por las que se pretende la ampliación se refieren a cuotas por cotizaciones devengadas con posterioridad a la primitiva anotación preventiva.

Se plantea si se puede ampliar el embargo a través de una nota marginal como si se tratase de un embargo ordenado por autoridad judicial, o si debe ser objeto de una nueva anotación con su propia prioridad.

Esta cuestión ya se resolvió en un sentido negativo a la ampliación con conservación de la prioridad en la sesión de 21 de marzo de 2006. En aquella ocasión se concluyó que, por el carácter exclusivamente administrativo del procedimiento, por la remisión al Reglamento General de Recaudación y por tratarse de embargos por nuevas cuotas, no es posible la aplicación del art. 613 LEC y la ampliación del embargo conservando la prioridad de la primera anotación.

Ahora se replantea la cuestión y se concluye que no parece que pueda entenderse aplicable el art. 613.4 a los embargos de la TGSS puesto que este precepto se refiere a intereses provenientes de la misma obligación, mientras que las cantidades devengadas a la TGSS provienen de impagos de cotización distintos, esto es, de deudas u obligaciones diferentes. Además el art. 104.1 RGSS establece una regla general, que no es aplicable en supuestos excepcionales como el del art. 613.4.

Sin embargo, sobre esta materia de ampliaciones de embargos conviene tener en cuenta los criterios de la Comisión de Criterios de

Calificación de 20 de junio de 2005 en la consulta 1/2005 planteada por el Centro de Estudios Registrales de Madrid.

5. CANCELACIÓN DE HIPOTECA A FAVOR DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA

Se presenta en el Registro una certificación expedida por el Subdirector General de Ayudas a la Vivienda de la Dirección General de Arquitectura y Política de Vivienda del Ministerio de Vivienda, por la que se afirma que a una determinada hipoteca inscrita sobre una finca del Registro le es aplicable la Disposición Adicional Cuadragésima de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006.

Se plantea si se deben acreditar, a través de la comprobación de su constancia en los asientos registrales, la extinción de la hipoteca por tratarse del supuesto amparado por esa Disposición Adicional; esto es, si debe constar en el Registro la legislación que amparó la concesión, ya sea la Ley de Viviendas Protegidas de 19 de abril de 1939 o la Ley de Vivienda de Renta Limitada de 15 de junio de 1954, que la cuota trimestral era igual o inferior a treinta euros y que se trata de VPO de promoción privada.

Se plantea, también, si es necesario presentar una solicitud de cancelación por el titular con firma legitimada notarialmente o bien ante el propio Registrador, acompañando a la certificación ahora presentada.

Esta cuestión se estudió con carácter general en la sesión del pasado 27 de febrero, de donde resulta que es necesaria solicitud en los términos del art. 353.3 RH, lo que en el presente caso hace al menos necesaria instancia solicitando una certificación a la que se acompañe la del Instituto.

También será admisible la solicitud en ese sentido del titular registral, ahora bien, dada la posibilidad de cancelar mediante solicitud de certifi-

cación no parece plausible que vaya a acudir a esa segunda vía que, en todo caso, exigiría una identificación auténtica del solicitante.

Por otro lado, es preciso, pese a la afirmación de la Administración de que a la hipoteca le es aplicable la caducidad establecida en la Ley, que el registrador compruebe que la hipoteca sea de las que caducan por imperativo del precepto mencionado.

6. OBRA NUEVA PARA DESTINAR TODA LA PLANTA DE UN EDIFICIO A VIVIENDAS: SEGURO DECENAL

Se presenta una escritura de obra nueva por la que toda la planta de un edificio, que estaba constituida por locales, se reforma para su configuración como viviendas; se cuenta con licencia municipal para la obra y con autorización de la Junta de Propietarios. Se plantea si es necesario el seguro decenal.

Sobre esta materia señala RENTERÍA AROCENA que es claro que la prohibición de inscripción de escrituras públicas de declaración de obra nueva terminada de edificaciones sin que se acredite la constitución del seguro decenal de daños, no afecta “a los títulos de conversión de locales en viviendas que pretendan su acceso al Registro de la Propiedad, por cuanto no contienen éstos necesariamente una declaración de obra nueva y porque, además, la declaración de obra nueva a que alude la Ley 38/1999 tiene por objeto una edificación completa y no unas actuaciones de reforma interior de la misma¹.”

No obstante, pese a que dicha conversión, cuando afecta a una planta completa del edificio, puede encerrar tanto una alteración del destino

¹Vid. al respecto su ponencia “La conversión de local en vivienda” de 2 de mayo de 2007.

principal del inmueble como un ánimo fraudulento respecto al indicado seguro, el registrador debe limitar su calificación al momento de intentar la publicidad de la terminación de la obra nueva del edificio en su totalidad.

Si como se indica, se sospecha de la existencia de fraude, corresponde a los interesados, conforme al art. 6.4 CC, instar judicialmente la aplicación de la norma defraudada con nulidad del acto fraudulento. Por unanimidad, los asistentes se adhirieron a dichas opiniones.

7. INSTANCIA SOLICITANDO RECTIFICACIÓN Y CERTIFICACIÓN

Se presenta en el Registro una instancia sin firma legitimada por la que se solicita certificación de una finca y la modificación de sus linderos. A efectos del plazo, se plantea si se trata de una solicitud de certificación o de asiento.

En la solicitud se contienen ambas peticiones, por lo que cada una de ellas habrá de sujetarse a su régimen propio. En particular la rectificación de los asientos habrá de sujetarse al plazo de calificación que con carácter general establece el art. 18 LH.

8. DERECHO DE SUPERFICIE Y OBRA NUEVA DECLARADA POR EL DUEÑO DE LA MITAD DE LA FINCA

Dos hermanos son dueños de una finca en proindiviso por título de donación; uno de ellos es soltero, el otro casado en régimen de comunicación foral.

Ahora se presenta una escritura en la que compareciendo todos manifiestan que el soltero ha construido sobre la finca una vivienda unifami-

liar y para regularizar la situación el casado, con el consentimiento de su esposa constituye un derecho de superficie a favor del otro titular, que lo adquiere y procede a su vez a declarar la obra nueva contando con la correspondiente licencia municipal y certificado de técnico competente. Se plantea si hay algún problema para su inscripción.

En la sesión de 15 de junio de 2004 se trató de un caso semejante, poniendo de manifiesto la necesidad de que para mantener la propiedad separada se constituyera algún tipo de derecho real, como el de superficie.

Parece que ese es el caso. Al constituirse el derecho de superficie se mantiene separada la propiedad de lo construido de la del terreno, sin embargo, dado que ésta pertenece en proindiviso a los hermanos, será preciso que en el título se especifique la causa de la atribución de la propiedad superficiaria en exclusiva al constructor, conforme a los arts 1274 y ss. CC.

Adicionalmente, ello exige a los interesados aportar una descripción coherente de la operación económica que ha tenido lugar, con concreción de los desplazamientos patrimoniales gratuitos u onerosos que han dado lugar a la situación jurídica que se pretende inscribir y que deberá ser objeto de calificación tras la liquidación de impuestos que, en su caso, proceda.

9. REHABILITACIÓN DE VIVIENDA A FAVOR DEL HEREDERO DEL TITULAR REGISTRAL

Se presenta en el Registro una Resolución del Delegado Territorial de Vivienda y Asuntos Sociales en Vizcaya sobre concesión de ayudas financieras para la rehabilitación protegida aislada en la que se resuelve declarar determinadas obras de rehabilitación como actuaciones protegidas, concediendo al solicitante determinadas ayudas económicas directas. El destinatario de dichas ayudas se dice que es el heredero del titular registral sin que se acredite esta circunstancia.

Se plantea si para el acceso al Registro de la correspondiente limitación de las facultades dispositivas, es decir, limitación de disposición voluntaria *inter vivos* en un plazo de cinco años desde la certificación de final de obra sin la previa acreditación de la devolución de las ayudas percibidas, será necesaria la previa inscripción de la adjudicación por herencia a favor del destinatario de las ayudas.

Con carácter general, se observa que para la inscripción de la limitación dispositiva es preciso que la finca se halle a nombre el destinatario de las ayudas, por lo que será necesaria la inscripción de su correspondiente título, en éste caso la herencia.

En el presente caso y por razones sociales, cabría admitir, a juicio y bajo la responsabilidad del registrador, como un supuesto de tracto abreviado, la manifestación de la Administración de la condición de heredero único del destinatario de las ayudas, con indicación de la fecha de fallecimiento de su causante y del último testamento o declaración de herederos de que tal circunstancia resulta.

10. MEDIOS DE PAGO: METÁLICO SUPERIOR A CIEN MIL EUROS EN VARIOS PAGOS

Se presenta en el Registro una escritura en la que se hace constar que se han pagado determinadas cantidades mediante cheque bancario nominativo, y además los siguientes pagos en metálico: 35.000 € el día 1 de marzo de 2007 cuyo pago no puede justificarse documentalmente por el tiempo transcurrido, y 70.000 € en el propio acto. Se plantea si debe hacerse comunicación al servicio de prevención del fraude.

El art. 3.9 de la Ley 19/1993 por la que se establecen determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, dispone que los suje-

tos mencionados en el artículo precedente quedarán sometidos a la obligación de declarar el origen, destino y tenencia de los fondos en los supuestos señalados en el apartado 4 del artículo 2 de esta Ley, en la forma y con las excepciones que reglamentariamente se determinen.

Por su parte, la Orden EHA/1439/2006, de 3 mayo 2006, sobre declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales, dispone la obligación de declaración el movimiento por territorio nacional de medios de pago por importe superior a 100.000 €.

Dicha Orden, exige que su apartado octavo que toda autoridad o funcionario, incluidos los de arancel, se cerciorará del cumplimiento de la presente Orden, lo que incluye a los registradores, conforme, además con el art. 254 LH en relación con el 24 de la Ley del Notariado e Instrucción de la DGRN de 28 de noviembre de 2006.

Ahora bien, en el presente caso no resulta exigible el modelo S-1 pues no se da el caso de un solo movimiento superior a los cien mil euros sino que nos encontramos ante dos movimientos para el pago de una obligación, ninguno de los cuales supera en su consideración singular el indicado límite.

III. DICIEMBRE, 2007

1. EMBARGO PROCEDENTE DE OTRO TERRITORIO HISTÓRICO

Se presenta un mandamiento de la diputación Foral de Alava/Araba en el que se pretende el embargo de un bien sito en el Territorio Histórico de Vizcaya/Bizkaia. Se plantea su inscribibilidad.

Un caso semejante fue objeto de estudio en la sesión de 27 de junio de 2006. Entonces se tuvieron en cuenta, por una parte, el art. 8.3 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 marzo de 2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y, por otra, el art. 8.3 de la Norma Foral 9/2005, de 16 de diciembre².

Ahora, procede traer a colación la disposición adicional quinta de la Ley 12/2002, de 23 de mayo por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco y el art. 1.2 del Decreto Foral 215/2005, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Recaudación del Territorio Histórico de Bizkaia³.

La Diputación de Alava aparece como embargante por razón de tener cedida por los municipios alaveses, de pequeño tamaño, las competencias recaudatorias. Por otro lado, si bien no existe en Alava un precepto seme-

² Art. 8.3 del Real Decreto Legislativo 2/2004: Las actuaciones en materia de inspección o recaudación ejecutiva que hayan de efectuarse fuera del territorio de la respectiva entidad local en relación con los ingresos de derecho público propios de ésta, serán practicadas por los órganos competentes de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando deban realizarse en el ámbito territorial de ésta, y por los órganos competentes del Estado en otro caso, previa solicitud del presidente de la corporación.

Art. 8.3 Norma Foral 9/2005: Las actuaciones en materia de inspección o recaudación ejecutiva que hayan de efectuarse fuera del territorio del municipio en relación con los ingresos de Derecho Público propios de éste, serán practicadas por la entidad local en el ámbito del Territorio Histórico de Bizkaia y, en los restantes supuestos, de acuerdo con las fórmulas de colaboración establecidas o que se establezcan, según lo previsto en la legislación aplicable.

³ Art. 1.2 del Decreto Foral 215/2005: La Diputación Foral ejercerá sus competencias en materia de recaudación en todo el territorio del Estado, conforme a lo dispuesto en el Concierto Económico.

Disposición adicional quinta de la Ley 12/2002: Para la gestión, inspección, revisión y recaudación de los tributos concertados, las instituciones competentes de los Territorios Históricos ostentarán las mismas facultades y prerrogativas que tiene reconocida la Hacienda Pública del Estado.

jante al indicado art. 1.2 del Reglamento de Recaudación de Vizcaya/Bizkaia, parece que la decisión debe ir en el sentido de favorecer la anotación del mandamiento.

En efecto, dado que conforme a la disposición adicional quinta del Concierto los órganos de recaudación de los tributos concertados ostentarán las mismas facultades y prerrogativas que tiene reconocida la Hacienda Pública del Estado, y dado que en la Comunidad Autónoma Vasca la competencia fiscal corresponde a las Diputaciones sin que exista un organismo autonómico con competencias hacendísticas, el mandamiento de la Diputación de Alava será directamente inscribible en Vizcaya/Bizkaia, siempre que el embargo lo sea en razón de una deuda fundada en alguno de los tributos cedidos.

2. RETIRADA DE DOCUMENTO PRESENTADO TELEMÁTICAMENTE

Se plantea el modo de proceder cuando se solicita la retirada o la devolución del documento que ha sido presentado telemáticamente.

Una sobresaliente peculiaridad del documento electrónico es su posibilidad de ser copiado o replicado cuantas veces sea necesario. Esa posibilidad abre un horizonte completamente nuevo en el procedimiento registral, de modo que podemos hallarnos en trance de pasar de la copia al original múltiple⁴.

La sustitución de la copia por dicho original requiere un medio técnico de comprobación de la identidad entre la matriz y su réplica con

⁴Vid. al respecto DE ANGULO RODRÍGUEZ, J., "El Registro electrónico", en *Ponencias y comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Fundación Registral, Madrid, 2007, pp. 77-78.

un algoritmo *hash* y, además, que la presunción de exactitud de la copia sea suplida por el mandato legal de realizar dicha comprobación.

Entretanto, el problema se plantea al abrirse posibilidades nuevas, que se centran en la alternativa de admitir la devolución o retirada del documento con supresión o borrado de la copia obrante en el Registro o, por el contrario, admitir la devolución o retirada conservando la copia electrónica en el Registro.

La primera posibilidad plantea, a su vez, una casuística variada. Si quien solicita la retirada es el Juez, Autoridad o Notario presentantes, éstos deberán presentar de nuevo el documento telemáticamente o dejar caducar el asiento, sin que se halle prevista en la regulación actual la indicada devolución de la copia electrónica.

Si la retirada la solicita el presentante, deberá extenderse certificación electrónica del documento electrónico presentado, ya sea en formato electrónico o de papel o en ambos, a solicitud del mismo, con borrado del obrante en el Registro, lo que tampoco se halla previsto en nuestra regulación.

Ahora bien, si se repara en la segunda posibilidad alternativa y se conserva la copia electrónica del documento público en el Registro, se repite la casuística anterior. Pero dado que la copia continúa en el Registro se plantea, adicionalmente, si debe entenderse o no suspendido el plazo de calificación.

Partiendo de que el art. 427 RH permite al presentante o interesado retirar el documento sin más nota que la de su presentación con el indicado efecto suspensivo de la calificación, siempre que la misma no se haya producido al momento de tal solicitud, parece lógico entender que el presentante o el interesado podrán pedir, alternativamente, lo contrario, a saber, que se extienda nota sobre la copia electrónica existente en el Registro pese a que el mismo haya solicitado su devolución o retirada.

da. Para ello bastará que presentante o interesado así lo soliciten, haciéndolo constar en su solicitud o al margen del asiento de presentación.

Pero en el caso de que presentante o interesado soliciten la devolución o retirada sin más nota que la indicada en el art. 427 RH, cabe proceder al igual que en el caso de los documentos de papel, pero mediante la expedición de la correspondiente certificación del documento presentado, que quedará en el archivo del Registrador, haciendo constar mediante nota al margen del asiento de presentación, firmada por presentante o interesado, la retirada o devolución, que implicará la suspensión del plazo de calificación.

Finalmente, dado que incluso en el caso de que el interesado desistiese del asiento de presentación el Registrador o Registradora conservarán en su archivo la copia remitida telemáticamente, parece que en el caso menos drástico de una simple retirada del documento con mantenimiento de la vigencia del asiento de presentación, la opción más acorde con las circunstancias del caso, teniendo en cuenta el estado actual de la regulación, es el de la conservación de la copia electrónica en el legajo de documentos públicos del Registro.

3. AGRUPACIÓN Y OBRA NUEVA DE DOS FINCAS

En el Registro figura, por una parte, un edificio de dos plantas y sótano y, por otra, un solar que su descripción denomina patio.

Ahora se presenta una escritura en la que se declara que se ha cubierto el patio y que se remata con una terraza con acceso al edificio colindante, agrupándose los bajos de dicho edificio con lo construido sobre dicho patio. Se acompaña licencia municipal de 1968 para cubrir el patio.

Se plantea si la misma es suficiente o si hay que acompañar algún documento más y si la existencia de una terraza implica la existencia de una planta no autorizada en la licencia.

Dada la presumible antigüedad de la edificación declarada parece que se quiere recurrir al procedimiento de inscripción de obras nuevas del art. 52 AURH. El apartado a) de dicho precepto exige que se acredite la terminación de la obra en una fecha determinada y su coincidencia con la descripción del título.

Por tanto, la licencia de obra no bastará sino que deberá aportarse certificación del Catastro o del Ayuntamiento, certificación técnica o acta notarial, procediendo la notificación al Ayuntamiento en los dos últimos casos.

Por otra parte, la existencia de la terraza comunicada no parece que deba considerarse como una planta adicional, máxime cuando la aportación de cualquiera de los documentos del art. 52 citado, hacen irrelevante la de la licencia, sin que, por tanto, resulte necesario comprobar la correspondencia entre licencia y obra ejecutada.

4. LEY DE REFORMA DEL MERCADO HIPOTECARIO

Se inicia el examen de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25-3-1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

En la presente sesión se abordó fundamentalmente el nuevo tratamiento que se da a las cláusulas personales y a la ejecución de la hipoteca en los arts. 12 y 130 LH, respectivamente, pasando tangencialmente por el resto de temas.

1.- Calificación de cláusulas reales y personales.

Desde el punto de vista teórico, llama la atención la reforma del art. 12 LH, cuya interpretación no es fácil y que deja lugar para considerar

que la crisis de la doctrina sobre la diferencia entre lo personal y lo real, ha tomado carta de naturaleza legislativa, abriendo paso a una considerable confusión⁵.

No obstante, resulta de interés por su intento de clarificación del panorama la Circular nº 7 del Decano del Colegio de Registradores, que sostiene la necesidad de calificar el conjunto del préstamo o crédito.

Se parte de la indicación contenida en la Exposición de Motivos según la cual la reforma del art. 12 LH dirigida a precisar el contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca, tiene que evitar “calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa”.

Esta manifestación de la Exposición de Motivos es especialmente cuestionable, ya que pasa por alto la naturaleza del mercado estandarizado. ¿Cómo es posible pretender uniformidad en un terreno caracterizado por la novedad de las formulaciones contractuales contenidas en las escrituras y que por tal novedad y por su oscuridad se prestan a las interpretaciones más variadas?

Con la pretensión de uniformidad se puede acabar dando cobertura legal a tácticas agresivas de mercado y a desplazamientos subrepticios y coyunturales de costes de las empresas del sector.

Ello hace prevalecer el fortalecimiento de la cuenta de resultados del predisponente por encima de todo criterio jurídico, con lo que se obtie-

⁵ Pueden verse muestras doctrinales de esa crisis en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “LAS CLÁUSULAS NO INSCRIBIBLES EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO (Ponencia en el Seminario Derecho Inmobiliario Registral Real Academia de Jurisprudencia y Legislación)”, Madrid, 2006, pp. 4 y 5; CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R., “Las cláusulas de la hipoteca”, Colegio de Registradores de España, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006, pp. 22-24, 32-33 y 137; y DÍAZ FRAILE, J. M., “La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria”, Diario La Ley, Nº 6727, (2007), 21 págs.

ne el indeseado efecto de equiparar el poder de formulación unilateral de las entidades de crédito con el valor del contrato que brota de la autonomía de la voluntad.

Sin duda, esa pretensión puede ser grata a los gestores de las acreedoras, pero perjudica a la gran masa de consumidores uniformizados bajo el peso de un gravamen insoportable y despojados de la tutela que a sus intereses les debe todo el aparato administrativo, en el que se encuadran los registradores.

Concebida la calificación como un diálogo entre el título y el registro, un mismo mensaje dirigido a una pluralidad de interlocutores producirá, por necesidad, respuestas diversas.

La uniformidad de las respuestas requiere de un órgano al efecto, instituido como interlocutor único del título estandarizado y cuyas decisiones sean vinculantes para todos los que intervengan en la génesis del título ejecutivo.

Para que la actividad de ese órgano sea vinculante es preciso que sea pública, transparente y neutral, sin olvidar, sin embargo, que dicha neutralidad se funda imperativamente, en el principio constitucional de protección de los consumidores.

Dejando apuntado ese serio problema de fondo, nos quedamos con el llamamiento del Decano de los Registradores para que tales funcionarios colaboremos en el impulso del mercado hipotecario y con ello en la estabilidad económica, lo que, sin perjuicio de la independencia en la calificación, a su juicio, pasa por intentar aproximar los criterios de la misma.

En la Circular del Decano destaca la referencia de que el art. 12.II LH ha supuesto una modificación de los arts. 1 y 98 LH y 51.6 RH en cuanto se harán constar en el Registro cláusulas sin trascendencia real, pero sólo en el caso de que el acreedor sea una entidad de crédito.

Por cláusulas financieras habrá de entenderse las del anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994, cuyo ámbito de aplicación, por otra parte, parece que debe entenderse modificado por el último punto del art. 48, apartado 2, letra a) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, en cuanto indica que la “información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos”.

2.- Certificación en la ejecución directa.

Respecto al nuevo art. 130 LH queda de manifiesto la naturaleza constitutiva de la inscripción de hipoteca y la necesidad, en el procedimiento directo de ejecución, de fundarse en los pronunciamientos del Registro.

Con ello cobra el mayor relieve el último párrafo del art. 685.4 LEC, que pese a limitar su ámbito a las hipotecas de las entidades de crédito, comprende el núcleo central de la actividad hipotecaria española y que lejos de ser una excepción se convierte en la regla general en la materia.

Del mismo modo que el profesor A. BERCOVITZ indicaba que la regulación sectorial de los consumidores se ha convertido en el Derecho civil y mercantil común, para dejar el contrato por negociación como una modalidad de la contratación contemporánea, la ejecución de la hipoteca por las entidades de crédito ha pasado a constituirse en el supuesto común de ejecución hipotecaria, respecto del que los demás quedan como modalidades.

Basta al respecto recordar el tenor de dicho precepto: “Para la ejecución de las hipotecas sobre bienes inmuebles constituidas a favor de una Entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios, bastará la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscrip-

ción y subsistencia de la hipoteca. Dicha certificación se completará con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial comprendiendo tan sólo la finca o fincas objeto de la ejecución.”

Ello apunta a la necesidad de expedir certificaciones literales en el procedimiento de ejecución directa de tan fuertes efectos, especialmente, tras la entrada en vigor de la nueva LEC. Sin embargo, ello contrasta con cierta práctica, al parecer bastante extendida, de expedir certificaciones en relación en dicho procedimiento.

Se aduce que la complejidad de las hipotecas y de sus estipulaciones aconseja seguir ese camino abreviado en el que la certificación se completa por el título acompañado por el banco y por las liquidaciones de la deuda realizadas por el mismo.

Sin embargo, se insiste, en que tras la reforma de la LEC con la supresión de la fase declarativa del procedimiento ejecutivo, sin la posibilidad de alegar la nulidad de la obligación, el deudor hipotecario queda especialmente expuesto a los abusos, por lo que el filtro de la calificación, plasmado en la certificación, parece necesario para promover los intereses del ejecutado, ordinariamente en situación de dificultad y necesidad y merecedor, por tanto, de la ayuda de la Administración, tanto de la judicial como de la dependiente del ejecutivo.

3.- Hipoteca recargable.

Respecto de las subrogaciones modificativas y la hipoteca recargable se señaló que la ampliación de capital sin pérdida de rango sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas a partir de la vigencia de la reforma sin que, empero, sea preciso pacto expreso que prevea la eventual ampliación.

Por medio de esta hipoteca, se equipara al préstamo, en cuanto a la garantía, al contrato de apertura de crédito, en el que la sujeción del prestatario nace reforzada sin que, paralelamente, la acreedora deba de conceder crédito de presente.

Por el contrario, la concesión de crédito es una facultad libre de la entidad de crédito, a la que por este medio la Ley dota de un poder que de otro modo le estaría vetado por el art. 1256 CC.

Se recuerda que la figura goza de importantes beneficios arancelarios, tal vez, para que la amargura para el consumidor de quedar tan firmemente sujeto a su entidad de crédito le sea menos gravosa. También se recuerda que el asiento a practicar en caso de novación modificativa por ampliación de capital o plazo, pese a sus importantes efectos, es el de nota marginal.

4.- Otros.

Sobre la hipoteca inversa se indicó sumariamente que la creación de nuevas figuras y la flexibilización del mercado viene impulsada por la Comisión Europea, tal como se señala el Libro Verde sobre el crédito hipotecario en la UE de 19 de julio de 2005⁶. La reforma trata aspectos fiscales y de honorarios.

No debe olvidarse que, pese a ello, se trata de una figura cara pues parece que los intereses se capitalizarán y se deberán durante toda la vida de la relación. Pero lo es aún más si va acompañada de un seguro de sobrevivencia cuya abultada prima se carga al inicio del contrato.

En cuanto a la titulización de préstamos y créditos hipotecarios se reparó en que la misma sigue requiriendo entre sus requisitos la tasación de la finca, que se trate de primera hipoteca, que la finca esté libre de otras cargas y que no exceda de determinada cuantía respecto de la tasación. También en este ámbito se ha tratado de flexibilizar la refinanciación de las entidades de crédito y asegurar la independencia de las entidades de tasación.

⁶ Vid. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0327:-FIN:ES:PDF>

Por lo que se refiere a la Hipoteca global se repara en el efecto indicado por un reciente trabajo de Joaquín Delgado, en el que se señala que la cancelación para el deudor no será posible, pese a no existir deuda hasta que pase el plazo pactado.

Sin embargo, se matizó esta opinión desde el punto de vista de la protección de los consumidores, ya que un plazo muy prolongado para el consumidor que le impidiera desligarse del contrato podría dar lugar a la abusividad de la cláusula conforme a la ley de mejora de la protección de los consumidores de 2006, que modifica el art. 12.3 LGDCU, actual art. 62.3 del Texto refundido de la misma.

5. CADUCIDAD DE HIPOTECA

Se plantea la caducidad de las hipotecas del Instituto Nacional de la Vivienda cuando la misma se ha constituido sobre un edificio de viviendas sin distribución entre ellas.

Hemos tratado ya sobre la Disposición Adicional Cuadragésima de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006, en sesiones anteriores.

La exigencia de dicho precepto de que la obligación caducada tenga una cuota de amortización igual o inferior a 30 € levanta un límite insalvable para cancelar la hipoteca de la que tratamos.

Ahora bien, ello no quiere decir que, fundados en el tenor literal de la propia disposición deban quedar gravadas las viviendas independientes cuya cuota de amortización sea inferior a los mencionados 30 €, declaradas caducadas expresamente por dicha disposición. Además, ello sin perjuicio de la subsistencia de la hipoteca unitaria sobre el edificio hasta su cancelación ordinaria.

Admitido esto, la solicitud del titular registral de una vivienda, acompañada de su manifestación de que la cuota de su obligación gravitante sobre la misma es igual o inferior a esa cantidad, acompañada de algún recibo bancario en ese sentido, pudiera servir para practicar la cancelación solicitada.

IV. ENERO, 2008

1. COMPRA POR SOCIEDAD CIVIL SIN ESPECIFICAR SU OBJETO

Se presenta una escritura de compraventa en la que comparecen los dos únicos socios de una sociedad civil que adquieren un inmueble en nombre de la misma.

No se manifiesta el objeto de la sociedad, con lo cual no se sabe si tiene objeto mercantil o civil, literalmente dice el Notario autorizante: “comparecen como únicos componentes de la Sociedad civil que se denomina comercial y físicamente X, SC, con NIF _____, domicilio _____, constituida por tiempo indefinido mediante escritura otorgada en _____, copia autorizada de la cual tuve a la vista de la que resulta que la dirección de la empresa es incumbencia de todos los socios. En virtud de su condición de únicos socios de dicha sociedad civil ostentan, a mi juicio, facultades suficientes para comprar inmuebles”. Se plantea si basta el juicio de suficiencia del Notario o es necesario pedir aclaración acerca del objeto social.

La falta de manifestación del objeto de la sociedad deja en la sombra si, para el caso de que fuera mercantil, se ha cumplido con el requisito de su inscripción en el Registro Mercantil

Dicho requisito, que se refiere al cumplimiento del art. 1669 CC sobre la publicidad de los pactos de la sociedad, no se halla cubierto por

el juicio de suficiencia notarial, por lo que lo adecuado es reclamar dicha manifestación a fin de poder obrar en consecuencia en la calificación y poder asegurar, en su caso, que se ha producido la previa inscripción en el Registro Mercantil.

2. ASIEN TO DE PRESENTACIÓN EN REGISTRO DEMARCADO

Se plantea el procedimiento a seguir para el caso de que, una vez que haya sido creado un Registro por demarcación, como consecuencia del despacho en el nuevo Registro de documentos presentados en el Registro de origen, deban firmarse notas al margen del asiento de presentación correspondiente.

En concreto, se plantea si la nota de despacho se expedirá en el libro Diario del Registro de origen o será necesario algún tipo de traslado del asiento de presentación a la nueva Oficina en donde practicar la correspondiente nota.

En efecto, parece que los traslados de asientos que figuren en libros que no hayan sido entregados, como es el caso del Diario, se harán mediante certificaciones a medida que las operaciones del Registro lo exijan. Al respecto, hay que tener en cuenta la OM de 8 de abril del 1975, que aunque se refiere a los libros de inscripciones puede servir de referencia en el presente supuesto.

El acta de posesión del Registro indicará los asientos de presentación vigentes que corresponden al Registro creado por la Demarcación. Dado el limitado número de asientos de presentación vigentes en el Registro de origen que pasarán al demarcado, también cabría en ese momento, entregar por el Registrador de origen una certificación literal de todos los asiento de presentación vigentes al tiempo de la toma de posesión, con sus correspondientes notas marginales, pudiendo expedirse las notas de calificación o de despacho a continuación de dicha certificación.

Respecto a la tramitación telemática de los documentos objeto de tal presentación que se hallen vigentes a la toma de posesión, parece preciso que se habilite algún procedimiento electrónico para que las notificaciones telemáticas que procedan a causa del despacho en el nuevo Registro puedan realizarse desde el ordenador del mismo.

3. AMPLIACIÓN DE HIPOTECA

Se halla inscrita una hipoteca de máximo en garantía de tres préstamos y se pretende modificar para que garantice otro préstamo más, pero sin variar la responsabilidad hipotecaria. Desde una notaría, se plantea si es posible aplicarle el régimen de la hipoteca recargable.

Conforme a la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 41/2007 de regulación del mercado hipotecario, no puede admitirse el supuesto más que para hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la nueva norma.

En efecto, dicha Disposición Transitoria, previene que las ampliaciones de capital sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita sólo se aplique a hipotecas nuevas.

En el presente caso, aunque no se amplíe la responsabilidad hipotecaria, hay una ampliación de capital mediante el otorgamiento de un nuevo préstamo, por lo que le es de aplicación la citada Disposición Transitoria.

4. PROPIEDAD HORIZONTAL: RESERVA DEL PROMOTOR DEL DERECHO A FIJAR CARTELES EN LA AZOTEA INDEFINIDAMENTE

El promotor de una propiedad horizontal quiere reservarse la facultad de fijar carteles con carácter indefinido y el notario configura la propie-

dad horizontal, señalando en los estatutos, que el promotor se reserva expresamente la facultad de fijar carteles con carácter exclusivo, sin que ninguno de los copropietarios pueda hacer otro tanto.

Para ello, el último de los elementos independientes se describe como derecho de vuelo sobre el edificio en su conjunto que se concreta en la facultad de fijar carteles. Se especifican superficie, linderos y cuota del derecho de vuelo. Se plantea la inscribibilidad del derecho.

Según resolución de 24 de noviembre de 2003 el promotor no puede reservarse estatutariamente el derecho a fijar carteles indefinidamente por atentar contra el principio de determinación ya que no se establece plazo, ni se especifica si el resto de los copropietarios tienen igual derecho.

Tal vez por eso, el propósito del notario sea conseguir que el promotor aparezca como uno más de los copropietarios del edificio, con los mismos derechos y obligaciones y por tanto, sin que la facultad de fijar carteles se sujete a plazo.

Ello se completa con una reserva estatutaria, de modo que pueda ser conocido por todos los copropietarios, al tiempo que se hace constar que la facultad es exclusiva del promotor.

Son varias las sentencias del Tribunal Supremo que admiten la posibilidad de que la cubierta, por ser elemento común por destino, pueda configurarse en el título constitutivo como elemento privativo.

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1999 se dice textualmente que "Indudablemente, la terraza general o cubierta de un inmueble está configurada como un elemento común del mismo, como así se infiere del art. 396 CC, pero no es menos indudable que no representa un elemento común de naturaleza esencial, como sería el del suelo o la cimentación, lo que significa que sobre su configuración cabe la existencia de pacto en contrario y, en cuanto tal, su desafectación, la

cual, puede ser llevada a cabo en el título constitutivo o en los estatutos comunitarios”.

También se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre la naturaleza de derecho real, en Sentencia de 25 de noviembre de 1992 señalando que el derecho a instalar carteles en la terraza cuando es constituido como derecho real autónomo tiene por sí la consideración de bien inmueble.

Y debe finalmente señalarse la doctrina resultante de otras sentencias del Tribunal Supremo que admite la propiedad horizontal funcional, es decir, que no es imprescindible ser titular de una vivienda o local sino que es posible que las normas de la propiedad horizontal rijan entre titulares de distintos aprovechamientos económicos.

Basándonos en lo anterior podemos entender que el elemento independiente que da derecho a la utilización de la cubierta para fijar carteles supone el dominio sobre la cubierta, si bien, con las facultades de uso y disfrute limitadas a la facultad de fijar carteles y anuncios. Dicho derecho es susceptible de abrir folio como elemento independiente.

También es posible que el aprovechamiento para fijar carteles en la azotea de un edificio pueda configurarse como elemento privativo con cuota de participación en el edificio en su conjunto, según una interpretación conforme a la realidad socio-económica actual de los arts. 396 CC y 3 LPH.

Tales interpretaciones apuntan a la posibilidad de inscribir el mentado derecho de vuelo. Si bien, dado el carácter restringido del uso se advierte la proximidad de la figura a un derecho real sobre el inmueble, por lo que, desde ese punto de vista, debería inscribirse en el folio de la finca matriz y arrastrarse como carga en cada piso o local.

La proximidad de la figura a una carga es acusada, ya que su contenido se limita a un conjunto de restricciones sobre la comunidad con el exclusivo objeto de asegurar el limitado aprovechamiento descrito.

Además, se podría objetar que la calificación del derecho como de vuelo no se ajusta al contenido de tal derecho, que comprende la edificación sobre lo construido.

Sin embargo, la resolución de 25 de noviembre de 1992 indica que el derecho a instalar carteles en la terraza cuando es constituido como derecho real autónomo tiene por sí la consideración de bien inmueble (cfr. art. 334.10 CC), por lo que debe concluirse en aceptar su inscripción en el presente caso.

5. PROPIEDAD HORIZONTAL: AGRUPACIÓN DE LOCALES

Se presenta una escritura por la que los dueños de tres locales los agrupan y los transforman en vivienda. Cuentan con la correspondiente licencia del Ayuntamiento para la transformación en vivienda.

Los estatutos se limitan a decir que “Todo condueño podrá realizar obras y mejoras dentro de su parte privativa, siempre que no afecten al resto del inmueble ni a los servicios o elementos comunes. Los propietarios de los locales de lonjas podrán, sin necesidad de autorización ni del consentimiento de los restantes copropietarios, dividir dichos locales asignando a las partes resultantes de la división la cuota que les corresponda en los elementos comunes del edificio”. La cuestión es si deben acreditar acuerdo por unanimidad de la Junta de Propietarios.

El art. 8 de la Ley de Propiedad Horizontal señala: “Los pisos o locales y sus anejos podrán ser objeto de división material, para formar otros más reducidos e independientes, y aumentados por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o disminuidos por segregación de alguna parte. En tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la junta de propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos

reformados con sujeción a lo dispuesto en el artículo quinto, sin alteración de las cuotas de los restantes”. Este artículo se entiende también aplicable a los supuestos de agrupación.

La doctrina de la Dirección General, por ejemplo en resolución de 7 de abril de 2006, ha interpretado que la exigencia de ese consentimiento de los propietarios se fundamenta en dos consideraciones:

1º.- MATERIAL: que tales operaciones puedan suponer alteraciones materiales en las cosas comunes o afectar al uso de servicios generales, esto es, suponer modificaciones materiales de la estructura del edificio.

2º.- JURÍDICA, relativa al funcionamiento orgánico del edificio: que además de lo anterior, aquellas operaciones puedan suponer una alteración de las estructuras que sirven de base para fijar las cuotas de participación en la comunidad de propietarios, esto es, que puedan suponer una modificación en el quórum necesario para la adopción de acuerdos de la junta.

En el supuesto planteado no parece que se dé ninguna de estas dos situaciones puesto que la agrupación que se pretende no supone una modificación material o estructural del edificio; y por otra parte no va a producir alteración alguna en el régimen de mayorías para la adopción de acuerdos.

En este punto hay que recordar que según la resolución de 30 de septiembre de 2005, las segregaciones y agrupaciones de elementos no implican necesariamente la reforma del edificio.

La propiedad sobre los elementos independientes es absoluta, de tal manera que sólo puede tener los límites establecidos por los estatutos o los correspondientes a la propia naturaleza del objeto. Esos posibles límites deben ser además establecidos con claridad y precisión, y deben ser objeto de interpretación estricta por parte del registrador.

En definitiva, al no implicar alteración jurídica ni material relativa a la estructura del edificio, la operación planteada queda con un alcance puramente librario, de modo que con la inscripción el Registro vendría a recoger una situación que se da lícitamente en la realidad, no viéndose, por tanto, obstáculo a su inscripción.

6. INMATRICULACIÓN CON INFORME CATASTRAL

Se pretende inmatricular una finca, presentando junto con el título inmatriculador, en lugar de certificación catastral descriptiva y gráfica, un “informe catastral”. Se plantea la admisibilidad del mismo. Se alega que la Administración Catastral no emite certificaciones.

No puede ser objeto de inscripción puesto que se ha de presentar certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en el título, de conformidad con los arts. 18, 199 y 205 LH en concordancia con el artículo 298 del RH y, en particular, el artículo 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

7. ENAJENACIÓN POR ADMINISTRADOR DE BIENES

En el Registro consta inscrita una finca, en cuanto a una mitad indivisa, a favor de un don XXX, y a favor sus tres sobrinos la otra mitad indivisa por terceras iguales partes, quedando además sujeta esta mitad a un fideicomiso de residuo.

Figura además inscrita la siguiente restricción a las facultades de administración y disposición de los tres sobrinos: “Para la mejor defensa y guarda de los bienes que los mismos hereden, la testadora, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 del Código Civil, dispone que los

bienes heredados por los tres nietos, quedan –con total exclusión del padre de aquellos– bajo la administración del hijo de la causante Don XXX [que es el dueño de la otra mitad indivisa de la finca], quien compareció a la escritura que se registra, a los efectos de aceptar el cargo de administrador encomendado por su madre Doña YYY, en la cláusula 5ª de su testamento. La administración de los bienes legados a los tres nietos de la testadora tendrá su término hasta que el menor de sus nietos alcance la edad de VEINTICINCO AÑOS. Igualmente corresponde a la persona citada, en la forma que se ha dicho, todas las facultades de enajenación y gravamen de los bienes legados, aplicándose el mismo régimen de administración, enajenación y gravamen señalado respecto de los frutos, intereses, ampliaciones y mejoras de los bienes heredados, así como aquellos que de los mimos procedan por derivación, canje, aportación a sociedad, permuta o cualquier otro supuesto de subrogación real. En cuanto a los cupones o derechos de suscripción preferente la persona que ejerza la administración determinará sobre su ejercicio o enajenación, en todo o en parte”.

Ahora se presenta una escritura de venta en la que comparece el dueño de la mitad de la finca por sí, y como administrador con facultades de enajenación y gravamen de la parte correspondiente a los sobrinos y vende la finca a un tercero.

Se dice que el precio lo recibe el compareciente para sí, y por sus representados mediante un cheque nominativo a su favor. ¿Debe exigirse que se justifique que el menor de los nietos no tiene en el momento de la venta los 25 años con los que terminarían las facultades de administración, enajenación y gravamen? ¿Deben exigirse mayores garantías de que el precio va finalmente para los sobrinos? También se plantea si se tiene que hacer constar expresamente en el asiento que queda cancelado el fideicomiso de residuo.

No se entiende como el administrador pueda tener a la vez la condición de fiduciario, cuando los bienes se atribuyen a los sobrinos y las facultades de enajenación de aquel sólo alcanzan hasta la edad de veinticinco años de los titulares.

Parece que más que ante un fideicomiso nos encontramos ante un supuesto de atribución a un tercero de las facultades de administración, conforme al art. 164 CC, que es el precepto que se cita en la propia disposición testamentaria.

En cualquier caso, debe tenerse presente la edad de los sobrinos, ya que si fuesen menores de edad todos o alguno de ellos, operarían para los menores las limitaciones del art. 166 CC, que requieren autorización judicial para la enajenación de inmuebles, conforme a la resolución de la DGRN de 1 de abril de 1993, que aplica por analogía el art. 271.2 CC, relativo a los tutores, al administrador que no es padre sino tercero.

La autorización judicial no cabe aplicarla a los mayores de edad, ni tampoco cabría aplicar a los mismos las limitaciones que en cuanto a los menores establece el art. 163 CC para el caso de oposición de intereses, por otro lado, dado que la enajenación se realiza por el administrador en virtud de la disposición testamentaria, no cabe contemplar la figura de la autocontratación por no haber representación.

El mismo documento por el que se instrumenta la transmisión a favor de un tercero de la cuota de los sobrinos acredita el cumplimiento de la disposición testamentaria limitativa de las facultades dispositivas de los sobrinos, por lo que la misma podrá cancelarse por el registrador.

8. OBRA NUEVA: LICENCIA PROVISIONAL

Se presenta una escritura de obra nueva terminada, división horizontal y determinación de titulares. La licencia urbanística que se incorpo-

ra se dice que tiene carácter “provisional” como se desprende de su propio contenido.

En principio, no puede ser objeto de inscripción, puesto que la licencia debe ser definitiva conforme a los arts. 18 LH y 98 RH en concordancia con el principio de especialidad, art. 22 de la Ley del suelo 6/1998, de 13 de abril, art. 19 de la Ley 8/2007, y arts. 44 a 55 AURH.

Sin embargo, el art. 13.3 a) de la vigente Ley del suelo 8/2007, de 28 de mayo, dispone que desde que los terrenos queden incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización, únicamente podrán realizarse en ellos, con carácter excepcional, usos y obras de carácter provisional que se autoricen por no estar expresamente prohibidos por la legislación territorial y urbanística o la sectorial. Estos usos y obras deberán cesar y, en todo caso, ser demolidas las obras, sin derecho a indemnización alguna, cuando así lo acuerde la Administración urbanística. La eficacia de las autorizaciones correspondientes, bajo las indicadas condiciones expresamente aceptadas por sus destinatarios, quedará supeditada a su constancia en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación hipotecaria.

Por su parte el art. 37 LSUE regula la autorización de usos provisionales. Dicho precepto dispone lo siguiente: “1. El otorgamiento de licencia municipal para cualquier uso provisional previsto en esta sección requiere:

“a) La aportación, junto con la solicitud y el proyecto técnico que proceda, de compromiso escrito en que los propietarios del suelo y, en su caso, de las construcciones, edificaciones o instalaciones, así como los titulares de cualquier derecho real o de uso de todo o parte de éstas, asuman:

“1) El cese en los usos para los que se solicite licencia y demolición de las obras y desmontaje de las instalaciones cuya autorización se pretenda, a su costa y cuando lo requiera el ayuntamiento y sin derecho a percibir indemnización alguna.

“2) El traslado de los compromisos anteriores a los adquirentes, por cualquier título, de cualquier derecho sobre las obras, los trabajos y las instalaciones y actividades autorizadas.

“b) La prestación de garantía suficiente, como mínimo en las condiciones y la cuantía requerida para la ejecución de obras en la legislación de contratación administrativa, para asegurar la ejecución, en su momento, de las obras y los trabajos de demolición y desmontaje correspondientes.

“c) La celebración de trámite de información pública por plazo mínimo de veinte días.

“2. La licencia de usos provisionales se entenderá otorgada en precario, y perderá su eficacia, sin necesidad de trámite alguno ni audiencia previa, cuando el ayuntamiento requiera el cese de los usos autorizados, la demolición de las obras y el desmontaje de las instalaciones.

“Igualmente, perderá su eficacia, previa audiencia de los interesados, cuando se produzca la declaración del incumplimiento de cualquiera de los compromisos a que se refiere la letra a) del número anterior.

“3. Los terceros adquirentes de cualquier derecho de los titulares de la licencia municipal no tendrán derecho a indemnización alguna por razón del requerimiento municipal o la declaración del incumplimiento de las condiciones de la licencia y sus efectos, ni podrán interrumpir ni dificultar la ejecución del planeamiento urbanístico, sin perjuicio del ejercicio de las acciones que pudiera proceder contra los transmitentes de la licencia.

“4. La licencia de usos provisionales se entenderá otorgada bajo la condición suspensiva de su eficacia hasta que se inscriban los compromisos, a que refiere la letra a) del apartado 1 en el Registro de la Propiedad, en aquellos supuestos en que el ayuntamiento así lo requiera.”

Por tanto, si se da el caso, pero no en el supuesto de que se pretenda la inscripción de obras definitivas al amparo de una licencia provisional,

podrán realizarse e inscribirse tales obras con las limitaciones que en dichos preceptos se acaban de indicar.

V. FEBRERO, 2008

1. CALIFICACIÓN UNITARIA DE HIPOTECAS

Se plantea en primer lugar la cuestión de la calificación unitaria de las hipotecas con motivo de los llamamientos que a la misma se realizan en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de regulación del mercado hipotecario.

Se señala en la misma que con la nueva regulación se pretende evitar la existencia de calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa.

Sin embargo, la regulación de la hipoteca en la nueva Ley hace tabla rasa de la distinción establecida y regula en el art. 12 LH, con carácter uniforme, sin distinguir entre contrato por negociación y por adhesión, entre contratación individualizada y masiva, el derecho real de hipoteca y las circunstancias de su inscripción.

Por ello parece que la reforma ha acertado en poner el dedo en la llaga o en las llagas que deja en el ordenamiento jurídico la irrupción de la contratación masiva, pero no parece que haya acertado con la solución.

En efecto, se reconoce como uno de los problemas que plantea la contratación masiva el de la existencia de calificaciones discordantes, pero para evitarlas no se regula la contratación masiva sino el contrato de hipoteca en general, con lo que se da una solución genérica para un problema particular.

Ello explica, tal vez, las interpretaciones contrarias a que ha dado lugar el precepto. Por una parte, el Colegio de registradores considera que la Ley impone la inscripción de todas las cláusulas financieras, sean o no de naturaleza real, previa calificación de su validez, mientras que la DGRN, en su resolución de 21 de diciembre de 2007, entiende que la Ley limita la calificación a las cláusulas de trascendencia real, obligando a la inscripción de las cláusulas financieras directamente y sin calificación, como si se tratara de un depósito de las mismas y dando lugar a una mera publicidad noticia.

De esa polémica, de la que por ahora sólo podemos dejar constancia, interesa resaltar que la propia Ley ha venido a acoger algo que ya se encontraba en la doctrina, como es la disolución en el seno de la contratación masiva de la distinción tradicional entre lo real y lo personal.

Si este criterio se ha mostrado útil para no recargar en exceso los libros del Registro en el ámbito de la contratación por negociación, parece que el mismo deja de tener eficacia en el de la contratación masiva. La propia Ley lo reconoce al admitir la inscripción de las cláusulas financieras, al margen y sin consideración de su sedicente naturaleza real o personal.

Como se ve, los problemas que evidencia la reforma, en el seno del contrato de hipoteca son de gran calado y abren un período de debate y esclarecimiento que procuraremos continuar en los próximos Seminarios.

2. MODIFICACIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Un edificio se encuentra dividido horizontalmente con todos los pisos a nombre de la promotora. Sobre los mismos consta una hipoteca.

Se presenta rectificación de la obra nueva y propiedad horizontal, de forma que se mantiene el mismo número de pisos pero se describen de manera distinta, conservando el número anterior de finca para cada piso.

Al cambiarse la descripción de los pisos surge la duda de que la tasación no se corresponda con los nuevos pisos. Se plantea si es necesario el consentimiento del banco a la modificación.

A primera vista cabe el despacho del título de modificación de la propiedad horizontal sin el consentimiento del acreedor. Sin embargo, la discordancia de la tasación con los nuevos pisos resultantes de la modificación plantea la necesidad de una nueva distribución.

Si la misma no se realizara, la ejecución presentaría dificultades adicionales, por lo que resulta aconsejable adaptar la distribución de la misma a la nueva realidad con el consentimiento del banco.

Si no se hiciera así, en caso de ejecución, lo probable es que el banco proceda a la misma sobre la base de la anterior descripción de los pisos hipotecados, con lo que habrá lugar, tras la adjudicación, a la cancelación de las inscripciones posteriores a la hipoteca.

Conforme al art. 134 LH, si se produce la ejecución de la hipoteca procederá la cancelación de todas las inscripciones posteriores, incluida, por tanto, la modificación de la obra nueva y propiedad horizontal.

La única excepción que contempla la LH a estas cancelaciones es la de las declaraciones de obra nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones, lo que no parece ser el caso.

Por tanto, cabe despachar el título pero resulta aconsejable la realización de una nueva distribución para evitar problemas con la efectividad de la hipoteca en caso de ejecución.

3. DERECHO DE RETRACTO SIN PLAZO CONVENCIONAL

Se presenta a inscripción la constitución de un derecho de retracto

convencional en el que no se expresa plazo de duración del derecho. Se plantea su inscribibilidad.

Conforme al art. 1508 CC el retracto convencional durará, a falta de pacto expreso, cuatro años contados desde la fecha del contrato. Sin embargo, de acuerdo con el principio de especialidad, la duración es una circunstancia que debe constar expresamente, sin que pueda exceder del máximo de diez años fijado por el mismo artículo.

4. CONSERVACIÓN DE SOLICITUDES VARIAS

Se plantea cuál es el plazo de conservación de distintos tipos de solicitudes de operaciones registrales, tales como el fax de publicidad de los Notarios o las instancias de solicitud de legalización de libros de propiedades horizontales.

El apartado sexto de la Instrucción de 17 de febrero de 1998 dispone que las solicitudes de publicidad formal quedarán archivadas, de forma que siempre se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y documento nacional de identidad o número de identificación fiscal durante un período de tres años.

Sin embargo, el art. 414.II y III RH indica que los legajos de documentos públicos y privados y aquellos otros documentos que a juicio del Registrador puedan tener algún interés histórico, podrán trasladarse a los archivos que corresponda, previa autorización de la Dirección General, pasados veinte años de permanencia en la oficina del Registro; debiendo dejar referencia en el inventario de la inutilización de legajos o traslado de libros o documentos.

Por ello parece que, con carácter general, hay que acogerse, en cuanto a la conservación al plazo de veinte años que se establece en el RH.

Sin embargo, para las solicitudes de publicidad formal, entre las que se encuentran los faxes notariales bastará el plazo menor de tres años recogido en la Instrucción.

5. MODO DE ACREDITAR EL PAGO DEL IMPUESTO EN VIZCAYA/BIZKAIA

Se presenta telemáticamente una escritura acompañada de testimonio del modelo 600 para acreditar el pago del impuesto, por entender desde la notaría que de la diligencia notarial de pago sólo debe quedar constancia en la matriz. Se plantea si ello es suficiente a efectos del los arts. 254 y 256 LH.

El modelo 600 ya venga con autenticación mecánica de la Oficina Liquidadora o sea resultado del pago notarial e indique el Número de Referencia Completo plantea dudas sobre la autenticidad de su origen.

Es por ello que la Diputación Foral ha habilitado un procedimiento que permite comprobar dicho origen mediante acceso a su web, por lo que a efectos de la justificación del pago del impuesto y archivo de la carta de pago bastará con la obtención de la misma de la web de la Diputación Foral, siendo indiferente a esos efectos la justificación notarial.

6. DIVISIÓN DE LOCALES

Se plantea, a efectos de la inscripción de una división en dos de un local en un régimen de propiedad horizontal, si es necesaria la licencia municipal en la que se autorice dicha división.

Conforme al art. 53.a) AURH quedan exceptuados de nueva licencia, expresamente, la creación de nuevos locales dentro de la propiedad hori-

zontal salvo que de la licencia resulte que su número constituye condición esencial de su concesión.

Se considera que la nueva licencia a la que se refiere el precepto es la de obras, mientras que el carácter esencial del número de locales debería constar en el Registro por medio de la licencia digamos que *vieja* por la que se inscribió la declaración de obra nueva que ahora se modifica.

El acto de división pudiera entrañar algún peligro en el supuesto de que una vez producida ésta se pretendiera la transformación del local en vivienda, pero en ese caso sí que será exigible la licencia conforme al art. 207.1.r) LSUE tal como vimos en la sesión de 28 de noviembre de 2006.

VI. ABRIL, 2008

CALIFICACIÓN UNITARIA DE HIPOTECAS

Se plantea de nuevo el tema ya visto en el Seminario anterior y en la sesión de 18 de diciembre pasado, sobre la calificación unitaria de hipotecas, cuestión que surge al calor de la reforma de la regulación del mercado hipotecario realizada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

Como se ha señalado en esas sesiones y como se verá, las dificultades que plantea la reforma, no pueden, sin embargo, soslayar algunas decisiones en la práctica diaria de los Registros, por lo que primeramente se abordaron las cuestiones eminentemente prácticas.

Alguno de los asistentes apunta a que lo deseable sería contar para el despacho de los distintos contratos de crédito y préstamo hipotecario con un modelo, de modo que hubiera tantos modelos como modalidades de hipoteca de la correspondiente entidad de crédito.

Sin embargo, lo cierto es que los productos bancarios y de las cajas de ahorro, adoptan una amplia pluralidad de formas, desde la hipoteca uni-

lateral al crédito abierto pasando por las más variadas modalidades de entrega del capital.

La preparación de modelos para todas esas modalidades de hipoteca exige un trabajo considerable, que, sin duda, puede realizarse por cada uno en su despacho, pero que más sensatamente, aconseja, a riesgo de no hacerse del primer modo, el establecimiento de alguna oficina a cargo del Centro de Estudios que pudiera realizar esa labor en beneficio de los compañeros.

Se señala también que el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (RCCG en adelante) podría ser un medio útil de filtrar el contenido de los formularios bancarios, mediante la exigencia de inscripción previa de los mismos en el dicho Registro.

Como es sabido el art. 11.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCCG en adelante) prevé la posibilidad de que el Gobierno disponga la obligatoriedad de inscripción en ese Registro de los formularios de sectores específicos, como el financiero o de seguros, pero al día de la fecha nada se ha establecido al respecto.

En la disposición del Gobierno o mediante la correspondiente reforma legal se podría arbitrar alguna regla que permitiera que la inscripción mostrase únicamente aquellas condiciones generales de la contratación que se hallaren libres de cláusulas abusivas.

Un control de legalidad preventivo del RCCG puede ser una fórmula ágil para facilitar no ya la inscripción de los contratos de financiación inmobiliaria sino para asegurar su regularidad material de modo satisfactorio.

Sin embargo, esa es una perspectiva que puede debilitar la cuenta de resultados de las grandes entidades, que han tenido en las cláusulas abusivas un insumo nada desdeñable.

Recuérdese que conforme al art. 315 CCO se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor y que unos tipos de interés altos como los actuales, representan un momento propicio para no inflarlos más mediante comisiones y gastos que se incorporan al contrato por medio de cláusulas abusivas.

En otras palabras, que las circunstancias se muestran favorables para instrumentar un control preventivo como el apuntado que frene a proliferación de cláusulas abusivas.

En cualquier caso, a la hora de establecer los modelos de despacho dichos, la opción está en señalar si se incluye o no en el asiento todo el contenido contractual, si se excluyen, al menos, algunas cláusulas de vencimiento anticipado claramente ilícitas o si se realiza una calificación conforme al art. 18 LH.

La solución a adoptar oscila entre el encasillado y la transcripción. A propiciar esta última anima el hecho de que la exclusión de alguna cláusula complica el despacho, ya que habrá de procederse a la notificación del defecto y a la prórroga del asiento de presentación.

Sin embargo, la transcripción produce la proliferación del contenido del folio registral, que finca a finca, repite y reitera el contenido ya presente en otros folios registrales, hecho que arranca, a su vez, de que por medio de las condiciones generales la escritura y el protocolo notarial se llenan de páginas y páginas que dicen lo mismo una y otra vez.

Quien promueve dicha hipertrofia son las entidades de crédito que imponen a sus clientes esos contenidos prolijos en sus contratos. Ello determina el aumento de coste de la escritura sin repercusión en la eficacia del tráfico, pero la entidad de crédito no soporta ese coste sino que se lo traslada al cliente.

La posibilidad de que para evitarlo el adherente exija que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en

las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo, prevista en el art. 5.2 LCGC, no se aplica, seguramente porque el adherente ni conoce su derecho ni se le informa de la existencia del mismo, ya que lo contrario, a saber, la voluntad del adherente de pagar más por pagar más no parece lógica.

El recurso a la técnica de las inscripciones concisas y extensas en el caso de prolijidad y reiteración de cláusulas, puede parecer práctico, pero por otra parte exige una gran vigilancia, ya que aunque los contratos incluyen condiciones generales de la contratación, también tienen condiciones particulares privativas de un solo o de unos pocos contratos y que hay que reflejar en el asiento.

Por ello, la necesidad de cotejar la inscripción extensa sobrevendrá con cada documento sólo por la necesidad de recoger las condiciones particulares en el asiento. Dicho cotejo, desde el punto de vista del tiempo de despacho necesario para el mismo puede dejar en nada el ahorro que se conseguiría con la remisión a una inscripción extensa.

Los partidarios de este modo de operar por remisión, señalaron, además, la conveniencia de que hubiera una inscripción extensa por cada modalidad de hipoteca, en cada pueblo o sección para facilitar la consulta a la hora del despacho de otros títulos.

También se propuso una tercera fórmula de despacho, consistente en recoger un esquema de la escritura en la inscripción con remisión en cuanto al resto a la propia escritura.

Ello plantea la necesidad, dado el carácter registral del procedimiento directo de ejecución, de que se archive copia de la escritura en el legajo correspondiente, lo que a día de hoy sólo ocurre con los supuestos de presentación telemática.

Con esa fórmula se da lugar a una especie de sistema mixto ya que en el folio constará un esquema del título y se archivará el resto en el lega-

jo, de modo que la certificación de cargas habrá de completarse en su día con lo que resulte del archivo.

Se considera por sus defensores que ésta es la solución más segura, ya que se da entrada en el Registro a todo con excepción de las cláusulas declaradas no inscribibles por la DGRN, como ocurre con el vencimiento anticipado por causa de concurso de acreedores.

En la nota de despacho se expresa únicamente lo que se hace es decir lo que se inscribe dejando fuera lo que carece de trascendencia real conforme a la resolución de 28 de febrero de 2008. Dicha resolución, como la de 21 diciembre de 2007 indica que los pactos obligacionales se excluyen sin que deba decirse nada en la nota en cuanto a ello.

Con la tercera fórmula se propone la siguiente nota de despacho: “El Registrador de la Propiedad que suscribe, acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 254 de la Ley Hipotecaria, previa la calificación favorable del precedente documento, ha inscrito el derecho real de hipoteca, a favor de... en cuanto a su contenido de trascendencia real ejecutable en perjuicio de tercero (art. 9 del Reglamento Hipotecario), con constancia de las cláusulas de vencimiento anticipado y de las cláusulas financieras, en sus términos esenciales, de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, según la escritura de formalización, de acuerdo con los arts. 12, 27, y 222.4 de la Ley Hipotecaria y 9 y 51.6ª del Reglamento Hipotecario, y RDGRN de 28 de febrero de 2008 referente a que “las estipulaciones cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real... no han de detallarse individualmente en la nota de calificación... no son susceptibles de inscripción”, por lo que, sin que ello implique inscripción parcial, se inscribe la hipoteca con el contenido y condiciones que constan en el asiento de inscripción extendido en el Libro... de Bilbao... Folio... Finca inscripción..., cuyo contenido, que se presume exacto e íntegro, se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales.” Continúan las demás circunstancias de la nota, a saber, afecciones fiscales, referencia catastral, cancelaciones, protección de datos, fecha y firma.

Desde un punto de vista más general, ya habíamos señalado en las anteriores sesiones en las que nos ocupamos de esta materia que la regulación introducida por la reforma de los arts. 12 y 130 LH adolece de una primera imprecisión, consistente en tratar de modo uniforme situaciones diferentes.

Las realidades a afrontar son, de un lado, el contrato por negociación, de otro el contrato por adhesión. Ambas son situaciones distintas que reciben un tratamiento unitario en la Ley, en particular en el nuevo art. 12 LH.

Curiosamente el legislador se sitúa al redactar el nuevo art. 12 en el punto de vista del CC, como si España fuera un país agrícola que no hubiese oído hablar de la letra pequeña de los contratos y regula el contrato de crédito y préstamo hipotecario, pero parece entender por tal únicamente el contrato por negociación de crédito y préstamo hipotecario.

Como ya dijimos, esta posición de partida dificulta en extremo la aplicación de la norma. Por un lado, esa aplicación es más fácil respecto del contrato por negociación, cuyo contenido se halla amparado por la autonomía de la voluntad, pero, por otro, es extremadamente difícil en el contrato por adhesión, sujeto a reglas propias⁷.

Esa dificultad, probablemente, ha dado lugar a la diferencia de criterios entre DGRN y Colegio de Registradores. Sin embargo, las necesidades de la práctica, nos plantean una y otra vez el problema.

⁷ No decimos reglas especiales, porque en opinión del redactor de estas líneas, las reglas que disciplinan el contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación constituyen el nuevo Derecho civil y mercantil común del contrato, frente al que el CC, en cuanto disciplina el contrato por negociación, es una ley especial más.

Esta concepción es manifiesta en LANDO, O. y H. BEALE (editors), "Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised", Prepared by The Commission of European Contract Law, Chairman: Professor Ole Lando, Kluwer Law International, The Hague, 2000, 561 págs.

Este surge a la hora de calificar la validez de una cláusula contractual incluida en un contrato de préstamo o crédito hipotecario con condiciones generales de la contratación.

La calificación del registrador debe determinar si la cláusula es o no inscribible. Visto el sistema español en conjunto vemos como múltiples registradores han de calificar una misma cláusula inserta en múltiples contratos.

Sería increíble que no hubiera tantas calificaciones distintas, al menos, como escuelas doctrinales. Y ese es el problema. Sin embargo, los registradores creemos ser nada más que mensajeros del problema, que a lo que se ve, sólo aparece cuando se rechaza la inscripción de una cláusula por ilícita.

Si se logra callar a los registradores, piensan algunos, si así se vuelve a la oscuridad que reina en el mercado, desaparecerá el problema, cuya realidad es que los contratos de crédito y préstamo hipotecario contienen cláusulas que no son conformes al ordenamiento jurídico. Es manifiesto, por otra parte, que esa *pequeñez* no podrá verse en unos Tribunales sobrecargados de trabajo.

Volviendo al problema, resultado de la inclusión, falta de transparencia, de cláusulas abusivas o ilícitas en los contratos por adhesión con condiciones generales de la contratación, este se presenta como el tratamiento diverso o divergente por varios registradores de un mismo contenido contractual.

Que haya muchas cláusulas abusivas no quiere decir que no haya muchas más condiciones generales de la contratación lícitas, pero lo cierto es que hay muchas cláusulas abusivas.

Esas cláusulas surgen en medio de una contratación prolija en extremo en cuanto a sus contenidos, en un marco legal, que pese a la gran fertilidad legislativa no dispone de derecho dispositivo para los contratos

bancarios, regulados en normas reglamentarias, en leyes sectoriales y en lugares, sólo al alcance de iniciados.

El legislador se ha propuesto limitar esas calificaciones divergentes, por lo que al registrador le queda averiguar los medios de que dispone para ello en una actividad de control de la legalidad que está ella misma sujeta a la Ley.

El problema sometido al registrador individual y que comparte con sus compañeros en cuanto califican cláusulas idénticas consiste en valorar jurídicamente la cláusula a la luz del art. 18 LH. Repetimos, se trata de valorar solamente cláusulas.

Parece una cuestión sencilla: determinar si la cláusula está o no amparada por el ordenamiento jurídico, para en caso de que lo esté darle el amparo que se pide al registrador: su inscripción en el folio de la finca o finca correspondiente.

Nada más que lo estampado en la escritura debe ser objeto del juicio del registrador, ya que otra cosa la impide la limitación de medios de la calificación que proclama el propio art. 18 LH.

Surge aquí la primera cuestión: ¿puede el registrador calificar la validez de la cláusula o por esa limitación de medios debe contraer su actuación a depositarla en el Registro para que cobre apariencia de legalidad?

La respuesta parece indudable: el registrador o registradora inscribirá la cláusula sólo si es lícita, por tanto, si formulada al amparo del principio de autonomía de la voluntad no es contraria a norma imperativa o prohibitiva (arts. 6 y 1255 CC y 8 LCGC).

En ese sentido GARCÍA-ESCÁRZAGA ha señalado que la limitación de medios de calificación no empece el análisis de la abusividad de las condiciones generales de la contratación, ya que lo que califica el registrador o lo que enjuicia el juez a la hora de determinar la validez de una

condición general de la contratación es lo mismo, la cláusula o estipulación contractual⁸.

Distinta es sin embargo, la consecuencia jurídica de la actividad del juez o de la del registrador, ya que el juicio del registrador es exclusivamente a efectos de la inscripción, es decir, a efectos de dar amparo registral a la cláusula.

Ese amparo no es baladí: significa presunción de legalidad, salvaguardia judicial y fuerza ejecutiva en el procedimiento directo de ejecución: es decir, amparo del Estado al contenido contractual del acreedor, frente al que el deudor o el consumidor no tiene defensa dentro de la ejecución.

Dicho procedimiento no ha caído en la inconstitucionalidad precisamente porque el registrador, por medio de su calificación, ha depurado el título de todo contenido ilícito. El registrador defiende al deudor antes de la ejecución, por eso el deudor tiene limitada las causas de defensa en la misma.

Dado que los consumidores se hallan, en todo caso, libres de cláusulas abusivas, el amparo del Registro a las cláusulas abusivas es contrario a nuestro ordenamiento jurídico positivo vigente.

Además, el acuerdo denegatorio del registrador no produce efectos de cosa juzgada y puede ser impugnado sin merma de los derechos del pre-disponente. La situación que de ello resulta para el profesional financiero no es de indefensión, ya que si estima que su elaborado producto jurídico, y dentro de él, la cláusula denegada por abusiva o ilícita, es valioso y debe ser protegido por el ordenamiento jurídico, tiene la posibilidad de acudir al recurso gubernativo o judicial y obtener la inscripción pretendida.

⁸ Vid. GARCÍA-ESCARZAGA GONZÁLEZ, F, "Las condiciones generales en el préstamo hipotecario: su control por notarios y registradores de la propiedad", Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, pp. 378-379 y 381.

Sin embargo, frente a lo que hemos visto que es la actividad del registrador, la decisión del juez determina la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, también con eficacia entre partes, inscripción de la sentencia en el RCGC y obligación del predisponente de eliminar de sus contratos ya existentes las condiciones generales declaradas nulas.

Además, desde el punto de vista del Registro, la inscripción de la declaración de nulidad en el RCGC determina que las cláusulas inscritas declaradas nulas han quedado fuera de la salvaguardia judicial y deberán ser canceladas. Finalmente, en los nuevos contratos que se presenten al Registro conteniendo esas cláusulas inscritas declaradas nulas, deberá denegarse la inscripción de las mismas.

Es así como el ordenamiento jurídico protege a la parte más débil sin menoscabo de su contraparte. El único efecto, que respecto de las cláusulas abusivas, se produce por la interposición del Registro, coherente con la función de seguridad jurídica preventiva del mismo, fundado en el art. 9.3 CE, es el desplazamiento de la carga de mantener un proceso o un procedimiento en defensa de sus derechos, que pasa del consumidor o adherente al predisponente, que, por otra parte, ha creado el problema y se encuentra con medios y posibilidades para hacerle frente. Sin embargo, se hace efectivo de ese modo, el postulado del mercado interior según el cual el consumidor europeo se debe ver libre de cláusulas abusivas.

En contraste con ello, la DGRN ha plasmado, para un contrato celebrado con anterioridad a la Ley 41/2007, en la resolución de 21 de diciembre de 2007 una interpretación de la reforma que comentamos que se articula en torno a lo que sigue.

En dicha resolución, se enjuician determinadas cláusulas, una de las cuáles, reguladora del tipo de interés, tratada en el fundamento jurídico décimo, se considera personal u obligacional.

Indica la DGRN que el registrador no puede calificar, según resolución de 19 de abril de 2006, las cláusulas obligacionales, lo que también resulta de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007.

Siguiendo el hilo de la DGRN el registrador sólo puede calificar las cláusulas que tengan trascendencia real y que exclusivamente son el importe del principal de la deuda, los intereses pactados y el máximo de responsabilidad hipotecaria con identificación de las obligaciones garantizadas cualquiera que sea su naturaleza y su duración.

Como excepción se permite la inscripción de las cláusulas financieras sin contenido real cuando el acreedor es una entidad de crédito, lo que esta justificado por su especialidad y generalidad. Además, dicha inscripción depende de que las cláusulas reales sean válidas.

Resulta extraña la aplicación retroactiva de una norma a un contrato celebrado con anterioridad cuando ni siquiera existe una doctrina previa que venga a ser confirmada por esa norma. Ese proceder hace de muy difícil inteligencia la doctrina de la DGRN, al menos a la hora de precisar su eficacia.

Así lo ha entendido la doctrina científica, para la que la resolución citada ha merecido el calificativo de voluntarista, por diversas razones, pero destacadamente porque la pretensión de incluir en el Registro todas las cláusulas financieras, reales o personales, incluso las ilícitas se opone al principio de legalidad⁹.

⁹ AZOFRA VEGAS, F, "La reforma de la Ley Hipotecaria: las oportunidades perdidas", Diario La Ley, nº 6908-6910, (2008), p. 8 de 13.

VII. MAYO, 2008**1. COMPRAVENTA DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL**

El Boletín Oficial del País Vasco de ayer publica la Orden del Consejo de Vivienda y Asuntos del Gobierno Vasco de 16 de abril de 2008, sobre procedimientos de adjudicación de viviendas de protección oficial.

El Título II de dicha norma se refiere a dichos procedimientos cuando son impulsados por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales o sus sociedades públicas participadas, directa o indirectamente, en régimen de compra y alquiler para primeras transmisiones.

Al respecto en el art. 17.4, 5, 6 y 7 dispone: “4.– Practicada la recepción provisional de las obras y siempre que las viviendas fueran susceptibles de ocupación, la Delegación Territorial del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, procederá a formalizar la adjudicación otorgando las correspondientes escrituras públicas, en caso de adjudicación en régimen de compra o derecho de superficie, o el correspondiente contrato, en caso de régimen de arrendamiento.

“5.– La eficacia de la transmisión quedará expresamente sometida a la condición suspensiva de ocupar las viviendas adjudicadas en el plazo de tres meses a contar desde la entrega de las llaves. El incumplimiento de este condición determinará la adjudicación de la vivienda de que se trate a quien corresponda de las lista de espera, previa audiencia del adjudicatario inicial y resolución del contrato suscrito con él.

“6.– La inscripción de la vivienda a favor del adjudicatario en el Registro de la Propiedad quedará en suspenso hasta tanto no se haya cumplido la condición suspensiva antedicha. No obstante el interesado podrá practicar anotación preventiva mediante la presentación del título de adjudicatario. Esta anotación se convertirá en inscripción cuando se acredite el cumplimiento de la condición suspensiva mediante certificación extendida al efecto por el Delegado Territorial correspondiente.

“7.– La no presentación de documentación, la falta de los pagos a que se refiere el número anterior, la no suscripción del contrato en el plazo señalado o la falta de localización del adjudicatario, agotados los métodos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se entenderá como renuncia a la vivienda asignada y facultará al Delegado Territorial correspondiente a señalar un nuevo seleccionado para la vivienda vacante, siguiendo el orden de la lista correspondiente.”

Se contienen, por tanto, en dicho precepto las siguientes disposiciones: (1) la necesidad de formalizar las adjudicaciones administrativas en escritura pública. (2) El sometimiento de la transmisión documentada a una condición suspensiva cuyo incumplimiento dará lugar a la *resolución* del contrato. (3) La suspensión de la inscripción en el Registro de la propiedad hasta el cumplimiento de la condición. (4) La posibilidad de anotar preventivamente la escritura antes de ese momento. (5) La conversión en inscripción de la anotación cuando se acredite el cumplimiento de la condición. Pasamos a estudiar la norma transcrita.

El artículo 17 objeto de estudio, como vemos, se refiere sólo a la selección de adjudicatarios de viviendas en primera transmisión procedentes del Gobierno Vasco o de Sociedades participadas y afecta a transmisiones posteriores al día de hoy, 13 de mayo.

Se establece una condición suspensiva y se crea una anotación preventiva especial, que no es por defecto subsanable. La terminología que se emplea resulta paradójica pues, según la Orden, el incumplimiento de la condición suspensiva determina la *resolución* del contrato.

Si nos interrogamos por las finalidades de la disposición, parece que se trata de asegurar que el adjudicatario vaya a ocupar efectivamente la vivienda de protección oficial para su residencia habitual antes de que transcurran tres meses desde la entrega de las llaves.

Con ello se quieren proteger los intereses públicos y evitar el fraude consistente en obtener viviendas de protección oficial en las que no se va a residir de manera efectiva.

Además, con el establecimiento de una anotación preventiva parece que se busca que pasados los cuatros años desde la anotación la finca quede a nombre de Gobierno Vasco o sociedades participadas, sin que para ello sea necesaria ninguna actuación adicional ante el Registro por parte de los titulares, de modo que se pueda pasar a una nueva adjudicación.

Esta última finalidad, sin embargo encuentra dificultades por la falta de homogeneidad de los plazos, ya que transcurridos los tres meses sin ocupación efectiva de la vivienda se incumple la condición suspensiva, la vivienda queda en la titularidad de la entidad pública, pero a la anotación todavía le quedan cuatro años menos tres meses para su caducidad, por lo que si se quiere formalizar la nueva adquisición sin cargas, habrá que obtener previamente la cancelación de la anotación preventiva.

El estudio realizado en el Seminario siguió poniendo de manifiesto las dificultades que de todo tipo plantea la regulación objeto de consideración. La Orden plantea dificultades en cuanto a que su rango no es capaz de incidir en materias para cuya regulación carece de competencia la Consejería y que desde el punto de vista registral, dado el carácter de "numerus clausus" de las anotaciones preventivas que se desprende del art. 42.10 LH, así como de la resolución de la DGRN de 5 de febrero de 2000, requiere de norma con rango de Ley para la creación de nuevas anotaciones.

Se repitió en numerosas ocasiones y por la práctica totalidad de los asistentes que no parece que la Orden sea suficiente para imponer una determinada modalidad de inscripción que tampoco se ha previsto en el Decreto 39/2008, de 4 de marzo, sobre régimen jurídico de viviendas de protección pública y medidas financieras en materia de vivienda y suelo, que en su art. 12 y en la disposición final primera habilita a la Consejería a desarrollar el procedimiento de adjudicación de las viviendas.

Por otro lado, la adjudicación se produce por un documento administrativo. Tal vez hubiera sido más coherente haber permitido la práctica de una anotación preventiva de ese documento administrativo. Pero no ha sido esa la solución adoptada.

También plantea dudas la naturaleza de los derechos del adquirente. Al quedar sometidos a condición suspensiva y pese a que la tradición puede haberse cumplido con la entrega de las llaves, los derechos del comprador son meramente personales y no susceptibles de hipoteca.

Ello dificulta seriamente la viabilidad registral de la figura, ya que el acreedor hipotecario raramente se prestará a financiar la adquisición si no puede obtener una garantía real. Al adquirente sólo se le deja la vía del crédito personal con la consiguiente carestía.

También surgen dudas por la terminología que utiliza la Orden. Hay que tener presente que la falta de ocupación de la vivienda no es un defecto que impida el acceso de la adjudicación al Registro, por ello tal vez se hubiera podido dar cauce a los propósitos de la Consejería por medio de la autonomía de la voluntad, indicando en la Orden el contenido de la escritura, en particular, que la transmisión del dominio quedará supeditada a la ocupación efectiva del inmueble en el plazo correspondiente.

Otras dificultades que se pudieron de manifiesto giran en torno a si se ha desvirtuado o no la presunción de entrega del art. 1462 CC o de si cabe admitir, tras el reconocimiento por la LEC de la hipoteca de los derechos del rematante, la de los derechos sujetos a condición suspensiva.

Por un lado los registradores no podemos apreciar la legalidad de la Orden sino que habremos de enfrentar el cumplimiento de la misma. Por otro, la figura tiene muchas dificultades y una viabilidad muy dudosa cuya génesis se verá también dificultada por impedir o dificultar la financiación, dada la naturaleza personal de los derechos del adquirente.

La práctica de la anotación preventiva y la conversión en inscripción parecen procedimientos de escasa viabilidad y generadores de costes adicionales, que además dificultan la financiación del adquirente.

Por tanto, parece que el “modus operandi” más sencillo y el más recomendable pasa por reclamar junto con la escritura pública de compraventa la certificación del Delegado Territorial acreditativa de la ocupación efectiva de la vivienda por el adquirente dentro del plazo de tres meses siguientes a la entrega de las llaves.

2. CESIÓN GRATUITA DE USO

Por un Ayuntamiento se cede gratuitamente a su Diputación, al amparo del art. 109.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, el uso de un local por veinticinco años para ser dedicado a centro de día en el municipio, con determinadas condiciones y sujeto a resolución si no se destina a las finalidades convenidas. El local es bien patrimonial. Una resolución de 4 de octubre de 1989 niega la inscripción de la cesión del uso.

Para la indicada resolución la cesión gratuita del uso “por lo dispuesto, en el artículo 80 de la Ley de Bases del Régimen Local y el p. 2 del art. 344 del Código Civil debe enjuiciarse por las normas del Derecho privado, y según éstas los contratos de cesión del mero uso no dan lugar a enajenación de derecho real alguno, rigiendo, en su caso, las reglas del comodato. Para entender que el acto era gravamen del inmueble y que lo cedido era un derecho real habría sido preciso que resultara de modo patente la voluntad de las partes de constituir un derecho de esta naturaleza, dada la presunción de libertad de dominio (cfr. art. 348 del Código Civil). No habiendo derecho real, el contrato no es de los que puede ser inscrito por impedirlo los artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria y 9 del Reglamento Hipotecario.”

Ahora, tras la publicación de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su art. 145.3 se dispone que la cesión pueda tener por objeto la propiedad del bien o derecho o sólo su uso. Por su parte, el art. 151 de la norma indica que si la cesión tuviere por objeto bienes inmuebles se practicará el correspondiente asiento en el Registro de la propiedad. Tras el indicado cambio legislativo, se plantea si el régimen descrito en la resolución citada ha cambiado y si el cambio permite la inscripción de la cesión.

Se trata de una cesión del uso que por cumplimiento de lo dispuesto en el art. 80 de la Ley de Bases de Régimen Local y del indicado art. 145 de la Ley 33/2003, se regirá por las normas del Derecho privado.

A la luz de dichas normas, se plantea, en orden a la inscribibilidad de la cesión si el derecho que se cede se configura con carácter real o personal. El carácter real pudiera resultar de que la cesión se hace con expresa remisión al art. 109 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que regula la cesión del dominio, es decir, de un derecho real.

Además, la cesión se realiza por plazo de veinticinco años y para un uso determinado. Por otra parte, se presenta la escritura para su inscripción en el Registro de la propiedad, por lo que con tal presentación se estaría dando carácter real a la cesión.

Todo ello apunta a una cesión de un derecho de naturaleza real y, por ello, inscribible, en los términos del art. 151 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. A una conclusión semejante se llegó en la sesión de 4 de marzo de 2003.

Sin embargo, la mayoría no lo entendió así, ya que la existencia de un plazo y una obligación de destino caben también en un arrendamiento sin renta. El uso es una facultad del dominio pero el derecho que cubre esa facultad puede ser real o personal.

Conforme a las reglas de Derecho privado es preciso averiguar si el derecho cedido reúne los contornos estructurales que exige el Derecho privado para la constitución de un derecho real, a saber, inmediatividad y eficacia “erga omnes”.

En el presente caso no se trata del derecho de uso a que se refieren los arts. 523 y ss. CC. Tampoco queda claro si pese a la cesión cabe todavía embargar el dominio ni cuál es el régimen de respuesta a las perturbaciones de hecho del uso, en particular, a quién corresponde repeler jurídicamente una ocupación ilegal del bien.

En definitiva, los contratos de cesión del uso, por sí mismos, no dan lugar a derecho real alguno. El carácter real debe resultar de modo patente, por lo que es necesario que los interesados manifiesten expresamente que el derecho se constituye con carácter real, en caso contrario, el dominio permanece libre.

No basta para entender que se da carácter real a la cesión la mera presentación de la escritura en el Registro, ya que el presentante no suele representar a todos los interesados, sino sólo al adquirente o al acreedor hipotecario, etc.

La subsanación podría realizarse mediante instancia suscrita por los interesados siempre que se subsane un defecto de expresión en la escritura. También se indicó que en este caso resultaría admisible la subsanación por la vía del art. 153 RN, ante el propio Notario a la vista de los documentos que ha tenido para preparar la escritura, en el supuesto de que omisión de la expresión del carácter real del derecho constituido se hubiera debido a un error.

3. IDENTIFICACIÓN DEL SOLICITANTE DE LA PUBLICIDAD FORMAL

Se plantea si el solicitante de una nota simple debe rellenar el impreso de solicitud que se le ofrece en el Registro o si puede negarse a ello, realizando una petición verbal, previa la correspondiente identificación y manifestación del interés legítimo.

Debe recordarse que el procedimiento registral, hasta la L. 24/2001, tenía un acusado carácter verbal, coherente con las necesidades de celeridad del tráfico. De acuerdo con ese carácter, muchas de las solicitudes de publicidad formal se venían realizando verbalmente.

No obstante, con el desarrollo de la informática se da un proceso paralelo de documentación de las solicitudes de publicidad formal. Así, la Resolución-Circular de 5 de febrero de 1987, reiterando lo dispuesto en las 12 de junio de 1985 y 8 de abril de 1983, dispuso que los Registradores, cuando las circunstancias lo aconsejen, establecerán el tipo de control que estimen oportuno sobre la identidad y datos personales de quienes soliciten la manifestación de los libros de manera que quede en la oficina información suficiente de las personas que cada día hayan examinado dichos libros u obtenido notas simples de su contenido.

Por tanto, es responsabilidad del registrador decidir si exige o no que la solicitud de publicidad formal tome o no forma escrita. También parece lógico, como frecuentemente sucede, que el registrador facilite el correspondiente impreso o formulario de solicitud de la publicidad.

Abunda en la conveniencia de documentar la solicitud la regla sexta de la indicada Instrucción de la DGRN de 17 de febrero de 1998, la cual dispone que las solicitudes de publicidad formal quedarán archivadas, de forma que siempre se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y documento nacional de identidad o número de identificación fiscal durante un período de tres años. En efecto, dicha instrucción, en

cuanto dispone la conservación de las solicitudes de publicidad formal está presuponiendo el carácter escrito de las mismas.

4. EMBARGO POR IMPAGO DEL IMPUESTO DE SUCESIONES

Se presenta en el registro un mandamiento de embargo de 21 de febrero de 2008 contra el heredero de una mitad indivisa adquirida por herencia causada el 4 de marzo de 2005 e inscrita el 13 de junio con afección fiscal por tres años.

Se vende la finca, en su totalidad, el 26 de julio de 2006, lo que se inscribe el 7 de setiembre. La finca tiene dos hipotecas más inscritas el mismo 7 de setiembre y el 17 de mayo de 2007. El embargo está notificado al titular de la finca y al acreedor hipotecario. Se plantea su inscribibilidad.

Nos encontramos en un caso en que el titular registral de la finca afectada al pago del impuesto es una persona distinta del sujeto pasivo, por lo que para hacer efectiva la responsabilidad de la finca es preciso, conforme al art. 41.5 LGT en relación con el 81 LGT la derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria, cabiendo, entretanto el embargo preventivo.

En Vizcaya/Bizkaia, la afección de la finca al pago del impuesto resulta de art. 113.3 del Reglamento del Impuesto Sucesiones (LPV 2001\330). Los adquirentes de los bienes son responsables subsidiarios, conforme al art. 79 LGT y 80.1 de la Norma Foral General Tributaria de Vizcaya/Bizkaia¹⁰.

¹⁰ Artículo 80. Afección de bienes.

1. Los adquirentes de bienes afectos por disposición legal al pago de la deuda tributaria responderán subsidiariamente con ellos, por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga. (LPV 2005\112).

La derivación de la acción de responsabilidad del responsable subsidiario requiere previa declaración de fallido (art. 40.6 Norma Foral), conforme al procedimiento de los arts. 180 y 181 de la indicada Norma Foral. Por lo tanto, no basta para practicar el embargo con la simple notificación al nuevo titular registral ni a los acreedores hipotecarios.

5. DONACIÓN POR EL PADRE

Se presenta una herencia a la que son llamados el viudo y los tres hijos de la causante, de los cuales, dos son mayores de edad y el tercero, que también comparece, tiene diecisiete años.

Se realiza la partición y se adjudican los bienes conforme al testamento, pero acto seguido el padre en representación del menor de edad, dona para sí la parte que al mismo se le había adjudicado en determinado inmueble, a lo que el menor consiente. Se plantea si es necesario el nombramiento de defensor judicial.

A primera vista, dado que comparecen los tres hijos, se tiende a pensar que no hay necesidad de nombrar defensor judicial. Pero la cosa cambia si se reflexiona sobre ello con un poco más de detenimiento.

El art. 162.II CC dispone que los padres que ostentan la patria potestad de los hijos quedan exceptuados de su representación legal cuando exista con el hijo un conflicto de intereses. En ese caso, conforme al art. 163 CC habrá de nombrarse al hijo un defensor judicial.

El conflicto de intereses equivale a interés opuesto u oposición de intereses. El que los intereses de los padres sean distintos a los de los hijos no quiere decir que siempre sean opuestos, pero en el presente caso lo resultan claramente pues el acto consiste directamente en la atribución del bien al padre y, simultáneamente, en la pérdida del mismo por el hijo.

En efecto, la STS de 17 de mayo de 2004 dice que siendo “deber de los padres ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos sujetos a ella (artículo 154 del Código Civil), la excepción que, para el concreto ejercicio de la representación que la norma les atribuye, significa la actuación del defensor judicial ha de estar justificada por la inutilidad de aquella para cumplir, en el caso concreto, el antes mencionado fin.”

Si por la donación, el hijo se desprende del bien en beneficio de su padre, no puede éste interponer su representación legal para realizar una donación que en nada beneficia al hijo.

Además, esa falta de todo beneficio para el hijo nos permite decir que, en el presente caso, la representación legal del padre sería contraria también al art. 154 CC, que impone al representante legal ejercitar su patria potestad en beneficio del hijo.

Por otro lado, el consentimiento del hijo mayor de 17 años no es óbice para que su capacidad deba ser suplida por el representante legal ni tampoco elimina la existencia del conflicto de intereses.

6. SUBROGACIÓN CON TRANSFORMACIÓN DE CRÉDITO EN PRÉSTAMO

Por los servicios jurídicos de una caja de ahorros se somete a consideración del Decanato, minuta de una operación que consiste en la subrogación del adquirente en el crédito concedido al promotor, con determinadas características.

Se afirma que las partes pretenden acogerse a la posibilidad de subrogación de la L. 2/1994, para lo que (1) la caja ha notificado fehacientemente a la acreedora subrogada la oferta vinculante del art. 2 de la citada Ley y (2) la subrogada ha remitido el correspondiente certificado de débito.

Se afirma también (3) que transcurrido el plazo de 15 días naturales desde la notificación del requerimiento no se ha producido acuerdo entre la prestataria y la subrogada enervando la posibilidad de subrogación de acreedores.

(4) Que la subrogación de acreedor se produce exclusivamente en la deuda (capital dispuesto) del crédito hipotecario, la cual queda consolidada y configurada a todos los efectos como préstamo hipotecario, quedando agrupadas todas las disposiciones en una única y no pudiendo la prestataria realizar nuevas disposiciones. Las cantidades amortizadas no podrán ser nuevamente dispuestas.

(5) Que para realizar lo anterior el deudor toma el dinero prestado de la caja por importe igual al capital dispuesto pendiente de vencimiento, los intereses devengados y la comisión por amortización anticipada.

El problema de la transformación de crédito a préstamo y su garantía se ha abordado en las sesiones de 26 de noviembre de 2002, de 27 de noviembre de 2001 y de 8 de febrero de 2000.

No se cuestionó sino que se admitió entonces la posibilidad de la figura sin pensar que el cambio de modalidad crediticia debiera desencadenar necesariamente la extinción de la hipoteca.

En la actualidad, tras la aprobación de la Ley 41/2007 de modificación del mercado hipotecario, una mayoría de asistentes consideró que la variación del crédito a préstamo es una posibilidad que se halla amparada por la autonomía de la voluntad de las partes, pero que queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley 2/1994 sobre subrogación de préstamos hipotecarios y no puede acogerse a ninguna de las ventajas dispuestas por la misma.

Esa opinión se basa en considerar que el cambio de crédito a préstamo es una novación extintiva porque se trata de un supuesto de cambio

de objeto de la obligación en que la antigua y la nueva son por completo incompatibles conforme al art. 1204 CC.

Ello arrastraría como consecuencia la extinción de la primitiva hipoteca que habría que cancelar y su sustitución por una nueva. Sin embargo, se consideró que esa era una consecuencia demasiado drástica que no podía ser aceptada.

El desarrollo del mercado hipotecario aleja el régimen de las obligaciones radicalmente de sus antecedentes romanos. La consecuencia extintiva del art. 1207 CC deberá ser al menos mitigada.

Por otro lado, la propia reforma del mercado hipotecario admite la llamada hipoteca recargable sin pérdida de rango, por ello la fórmula que ahora se estudia tal vez pudiera encajarse en el art. 4.2 ii y iv de la L. 2/94.

En efecto si contemplamos la operación propuesta como una operación compleja compuesta de otras operaciones más simples podemos considerar que la misma encierra, por un lado una subrogación en el crédito, admisible según la nueva ley y también admitida por la DGRN en resolución de 29 de febrero de 2008.

Por otro lado, nos encontraríamos ante un cierre de la cuenta y una renuncia a la realización de nuevas disposiciones, también admisible e incardinable en la misma Ley y susceptible de acogerse a sus beneficios. Finalmente, cabría realizar una nueva regulación del plazo y del método de amortización, que también cae bajo la L. 2/94.

Considerando la operación en conjunto nos hallaremos ante una subrogación acompañada de una novación modificativa. Dicha operación deberá ir acompañada de las cautelas previstas para el supuesto de que, existiendo acreedores intermedios, se amplíe el capital y el plazo.

A saber, sería necesario el consentimiento de los acreedores intermedios para que la hipoteca conservara el rango, siendo de aplicación úni-

camente a las hipotecas que se constituyan con posterioridad a la entrada en vigor de la L. 41/2007.

7. CLÁUSULAS DE DEVENCIMIENTO ANTICIPADO

Se plantea la inscribibilidad de la cláusula de vencimiento anticipado, de una parte por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato de préstamo hipotecario y, de otra, por el impago de una de las amortizaciones por capital, intereses ordinarios o de demora.

Las dos cuestiones que se suscitan ahora fueron tratadas en la sesión de 3 de diciembre de 2002. Con relación a la primera de ellas, ya se ha indicado que no basta cualquier incumplimiento para provocar el vencimiento de la obligación.

Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de las obligaciones recíprocas es preciso que el incumplimiento sea de cierta entidad y, además, deliberadamente rebelde.

En el caso del préstamo, donde las obligaciones sólo caen del lado del deudor, debe tenerse presente al menos que el incumplimiento debe revestir cierta entidad y hallarse en conexión con la garantía.

Por otra parte, esa cláusula suele aparecer oculta o al menos disimulada entre la prolija regulación contractual de la hipoteca, que suele tomar en estos casos la forma de un contrato por adhesión, por lo que la doctrina mayoritaria la considera falta de transparencia y, por tanto, inhábil para incorporarse al contrato.

El vencimiento anticipado de toda la obligación es una consecuencia extrema que priva al deudor de su derecho a utilizar el plazo y que, por tanto, debe sujetarse al imperio del art. 1129 CC, que sólo contempla esa posibilidad cuando se disminuye la garantía y no se repone, poniendo en

riesgo la subsistencia y rango de la hipoteca, pero no cuando, hallándose íntegra la misma se incumplen obligaciones accesorias de escasa entidad¹¹.

Adicionalmente, debe tenerse presente que conforme a las reglas prudenciales del Banco de España, que mientras el préstamo o crédito hipotecario siga siendo pagado a su vencimiento parcial no se podrá provisionar el riesgo por el acreedor, precisamente por inexistencia de un peligro cuantificable¹².

En consecuencia, el vencimiento anticipado por el incumplimiento de cualquier obligación del contrato no es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad y de Bienes Muebles, y ello, también, conforme al nuevo art. 12 LH.

Los fundamentos que se acaban de poner de manifiesto con la concomitante ineficacia de la cláusula y no la casualidad, son precisamente los que explican el hecho, tan ampliamente admitido, de que rara vez, por no decir nunca, se produce el vencimiento de la deuda y su ejecución por una causa distinta del impago.

En cuanto a que el impago de una cuota pueda dar lugar al vencimiento anticipado de todo el préstamo, no podemos considerar que la cuestión venga resuelta por una norma adjetiva como es el art. 693.2 y 3 LEC.

Dicho precepto únicamente indica que en algún caso es concebible que el impago de una cuota dé lugar al vencimiento de toda la deuda, pero, para decidir eso con carácter general es preciso atender a otras consideraciones.

¹¹ Vid. en ese sentido la resolución de la DGRN de 2 de octubre de 2006.

¹² Vid. apartado 22 del Anejo IX, de la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre.

La propia norma se aparta del automatismo de esa posibilidad al permitir al acreedor que pueda conceder al deudor la posibilidad de parar la ejecución mediante el pago de las cantidades vencidas.

Sin embargo, es muy criticable que esa posibilidad del deudor de librarse de la ejecución aparezca como un derecho del acreedor, ya que como veremos, debe considerarse abusiva la tolerancia del acreedor a la mora del deudor contra el tenor de la cláusula que impone el vencimiento anticipado por el impago de una sólo cuota.

La posibilidad de terminar la ejecución pagando lo vencido es un derecho del prestatario cuando se trata de deuda garantizada con hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor.

Ese derecho que en la redacción de la LEC de 2000 sólo se le concedía por una vez, ahora se le reconoce cada cinco años y no sólo al deudor que garantiza la deuda con su vivienda habitual, sino que conforme a una interpretación pro adherente y respetuosa con la sistemática del art. 693.3 LEC, ese derecho se atribuye a todo deudor de un contrato de hipoteca por adhesión.

Se aprecia, por tanto, una tendencia a la ampliación de los derechos que se reconocen a los deudores adherentes en detrimento de la sedicente facultad del acreedor de optar por el vencimiento total de la obligación por el impago de una cuota.

Por otro lado, esa residual que no omnimoda facultad del acreedor no puede ejercitarse de modo arbitrario sino que, por el contrario, debe tener en cuenta la terminante prohibición del art. 1256 CC, que impide que la validez y cumplimiento del contrato queden al arbitrio de una parte.

En ese sentido, las normas prudenciales del Banco de España pueden servir de referencia a la hora de aportar argumentos en pro del vencimiento de la total deuda. En primer lugar, debe tenerse presente que el incumplimiento de un crédito o préstamo hipotecario sobre viviendas

terminadas no da lugar, según las reglas del Banco de España, a su clasificación como dudoso sino pasados tres meses desde el incumplimiento¹³.

La provisión por el mismo, siempre que su riesgo vivo sea igual o inferior al 80% del valor de tasación de la vivienda, es, únicamente del 2% de su importe, salvo que se haya iniciado la ejecución –se entiende que por las cuotas impagadas no por la totalidad del préstamo–, en cuyo caso es del 3,8%, no pasando al 25% sino hasta que hayan transcurrido tres años desde el primer impago¹⁴.

De ello se desprende que el daño por incumplimiento, tal como lo valora la entidad de crédito, conforme a las reglas del Banco de España, dista mucho de estimarse en la totalidad de la deuda, por lo que para provocar el vencimiento total y actuar la garantía en su integridad, creemos que la entidad de crédito deberá aportar y justificar en el propio título constitutivo de la garantía, alguna razón adicional, sin la cual, no nos parece posible dotar a la provisión de su privilegiada fuerza ejecutiva mediante su inscripción en el Registro.

Por otra parte, el vencimiento anticipado de toda la deuda por el impago de una cuota es una consecuencia extrema, ya que el préstamo se halla garantizado con hipoteca, por una parte, y el incumplimiento de un plazo mensual no suele empujar a la entidad de crédito a la ejecución por la totalidad, sino que, en la práctica, la entidad espera, entre tres meses y un año, antes de ir a la ejecución por la totalidad.

La Ley 44/2006, de 29 de diciembre de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, reformó el concepto de cláusula abusiva para incluir dentro del mismo las prácticas abusivas o prácticas no con-

¹³Vid. apartado 7.c del Anejo IX, de la Circular del Banco de España 4/2004.

¹⁴Vid. apartado 17.b i y ii del Anejo IX, de la Circular del Banco de España 4/2004.

sentidas expresamente, recogidas actualmente en el art. 82.1 del Texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias¹⁵.

A la luz de ese nuevo concepto, es abusiva y debe considerarse como tal la práctica consistente en, por una parte, pactar en la escritura de hipoteca el vencimiento total de la deuda por el impago de una sólo cuota y, al mismo tiempo y por otra parte, permitir al cliente, contra el tenor de la cláusula, ponerse al día del préstamo o crédito tras haber tolerado arbitrariamente el impago de una o varias cuotas, sin acudir a la ejecución ni de parte ni de toda la deuda.

En efecto, dicha práctica es abusiva ya que incluye en el contrato una cláusula que no se tiene intención de ejecutar sino que se utiliza de modo discriminatorio para intimidar al cliente, pese a la existencia de la garantía hipotecaria.

Ello significa no que la entidad de crédito no pueda ni deba tolerar la mora de su deudor más allá del incumplimiento de una cuota sino que debe eliminar del contrato de hipoteca la cláusula de vencimiento anticipado de toda la deuda por impago de una sólo cuota.

La cláusula, ya hemos visto, que es intimidatoria en el peor de los casos, pero su inclusión sin intención de utilizarla es, también, humillante. Ese carácter priva a dicha cláusula de cualquier título para obtener la protección del Estado, ya sea en su vertiente judicial o administrativa, y debe llevar a excluir la estipulación de la inscripción en los Registros de la Propiedad y de Bienes Muebles, conforme al nuevo art. 12.II LH.

¹⁵ Sobre el concepto de práctica abusiva vid. mi trabajo "Prácticas abusivas, información e integración contractual y regla «contra proferentem»", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 14, 2007, pp. 17 a 37.

VIII. JUNIO, 2008

1. HIPOTECA GLOBAL

Se constituye hipoteca de máximo a favor de una Caja en garantía de las siguientes operaciones que el hipotecante viene realizando y va a seguir realizando:

- “ - Créditos en forma de cuenta corriente
- Préstamos dinerarios
- Avales, fianzas, créditos documentarios y cualesquiera otras formas de garantía
- descuento, anticipo o negociación de letras de cambio, efectos de comercio, facturas, documentos de cualquier clase, así como descuentos o anticipos realizados bajo el sistema de soporte magnético u otro tipo de soportes
- Descubiertos en cuentas corrientes o de ahorro que la parte hipotecante pudiera originar en sus operaciones con la Entidad
- Operaciones de arrendamiento financiero
- Afianzamientos a prestar por la acreditada a terceras personas, a favor de la entidad”

En el formulario se indica que la Caja abre a la acreditada una cuenta especial hipotecaria de acuerdo con el art. 245 RH, con el fin de asegurar con la hipoteca las cantidades que la Caja tenga derecho a exigir a la hipotecante en virtud de las operaciones realizadas previstas.

Continúa el formulario señalando que “cuando se produzca el impago de cualquiera de las obligaciones garantizadas, si se opta por ejecutar la garantía hipotecaria, se anotarán por la Caja los saldos deudores en dicha cuenta especial, sometida a las exigencias del art. 246 RH, los saldos adeudados, dejándose ya constancia en la escritura de que los apun-

tes en la cuenta tienen carácter novatorio respecto de la operación bancaria de la que procede, que se abre en este momento a nombre de la acreditada-hipotecante y el saldo total que a cargo de la misma resulte es considerado ya como saldo jurídico.

“Dicha cuenta recogerá los adeudos que se hayan producido o se produzcan por el impago de cualesquiera operaciones garantizadas, abonándose las cantidades que para pago de la deuda abone la deudora, una vez aplicados los intereses de mora que se consignen en ese documento.

“De este modo se confeccionará la certificación del saldo deudor que servirá de base para notificar fehacientemente al deudor, en caso de ejecución.”

Se establece un saldo máximo de la cuenta, cuya duración será la misma que el plazo máximo de la hipoteca, que también se establece y se indica que “a efectos del art. 572.2 LEC, se pacta expresamente por los contratantes que la liquidación para determinar la cantidad ejecutivamente reclamable se practicará por la Caja, la cual expedirá la oportuna certificación que recoja el saldo que presente la cuenta especial el día de su cierre. En su virtud, bastará para el ejercicio de la acción ejecutiva o hipotecaria la presentación de la copia autorizada de esta escritura en la forma prevista en el de la LEC y del acta notarial que incorpore el certificado expedido por la Caja, del saldo que resulte a favor de la misma, en la que conste que la liquidación de la cuenta se ha practicado en la forma pactada en esta cláusula por las partes contratantes y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta a nombre de la hipotecante.”

En general, los asistentes entendieron inscribible la hipoteca global, de la que el presente caso es una muestra, tras la introducción del art. 153 bis LH por la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario, que admite la hipoteca en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, siempre que, entre otros requisitos, se

especifique su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas.

También se dijo que con tal regulación bastaría para la identificación de la obligación indicar que la hipoteca se establece en garantía de “cualquier operación derivada de un acto de comercio”.

Sin embargo, respecto de las obligaciones futuras debe constar la descripción general de los actos básicos, lo cual, deja un margen al intérprete para apreciar si se ha dado o no la identificación de la obligación u obligaciones garantizadas.

No debe olvidarse que el de crédito o préstamo hipotecario es un contrato y los contratos han de tener un objeto cierto, de modo que la sujeción de los bienes de un deudor a obligaciones que el acreedor pueda seleccionar a su arbitrio es una servidumbre que se compadece mal con los valores imperantes en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, a cuyo amparo sigue vigente el favor del deudor y la libertad del dominio.

También debe tenerse en cuenta lo ya dicho en la sesión de 18 de diciembre de 2007 sobre la dificultad de cancelación de la hipoteca global y la sujeción del consumidor a un contrato de larga duración.

En resumen se indicaba entonces que los obstáculos a la cancelación de la hipoteca, en un contrato de prestación de servicios como el de préstamo o crédito hipotecario, pueden dar lugar a una conducta contraria al art. 62.3 TRLGDCU cuando el contrato imponga al consumidor plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen su derecho a poner fin al contrato.

En relación con esta materia parece aconsejable que, conforme al art. 63.4 TRLGDCU se contemple expresamente una cláusula que determine el procedimiento pueda ejercer su derecho a poner fin al contrato.

Si bien no se considera obstáculo a la inscripción ya que conforme al art. 65 TRLGDCU los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

2. PACTO DE VENCIMIENTO ANTICIPADO EN HIPOTECA GLOBAL

En la mismo formulario estudiado en el caso anterior se añade que “Además de los supuestos de vencimiento pactados en cada una de las operaciones que se efectúen al amparo de la línea de financiación indicada en el expositivo primero, garantizada por la hipoteca que aquí se constituye, y no obstante el plazo fijado de validez de la misma, la Caja podrá resolver el presente contrato, declarando vencido el mismo y exigir el pago de la totalidad de la deuda garantizada por principal más intereses, comisiones y recargos pactados, sin necesidad de requerimiento ni resolución judicial, en los siguientes casos:

[...]

“b) cuando la hipotecante no se halle al corriente en los pagos establecidos en cualquiera de las operaciones efectuadas indicadas en el exponiendo primero de esta escritura.”

La redacción de la cláusula es bastante confusa ya que alude a una eventual concesión de crédito que no se ve confirmada por el resto del formulario. Ello puede deberse a que éste viene a ser un trasplante a la realidad actual de operaciones conformes a la regulación anterior a la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario.

Dejando a un lado esa cuestión, lo que ahora se plantea es la eficacia del vencimiento anticipado de una deuda por falta de pago de otra. Que

una condición de esa naturaleza puede establecerse al amparo de la autonomía de la voluntad no nos ofrece duda, pero su establecimiento requiere una determinación que no se contiene en el formulario estudiado.

Esa falta de determinación de la condición la convierte en oscura e impide su incorporación al contrato conforme a los arts. 1129, 1256, 1273 y 1283 CC y 5 y 7 LCGC, por lo que habrá de ser tenida por no puesta.

3. SUBROGACIÓN POR CAMBIO DE ACREEDOR

Se plantea en varios Registros la virtualidad de la enervación de la subrogación que algunas entidades de crédito vienen realizando. La duda surge porque puede ocurrir que una vez manifestada la voluntad de enervar de la acreedora no se formalice la novación modificativa del préstamo en perjuicio del deudor.

Por ello el problema concreto que se plantea es si la manifestación ante el notario, por sí sola, dentro del plazo de quince días desde el requerimiento y ante el notario del mismo, de igualar o mejorar la oferta de la entidad que pretende la subrogación bloquea ésta.

Dado que el art. 2 de la Ley 2/1994 ha sido objeto de nueva redacción por la Ley 41/2007, J. S. SERRANO considera que la entrega de la certificación no es necesaria para que nazca el derecho a enervar. Además considera no sólo que el mismo existirá al margen de dicha certificación sino también de la formalización de la novación modificativa.

SERRANO llega a esa conclusión pese al tenor literal del párrafo cuarto de dicho artículo, quedando en ese caso al deudor sólo el derecho a beneficiarse de las nuevas condiciones previa reclamación judicial.

Esa, sin embargo, pese a lo fundamentado del trabajo que se cita, es una solución criticable que, precisamente al reforzar y garantizar el dere-

cho de la entidad acreedora, reduce el poder del deudor en el plano de la negociación y aboca al consumidor a un pleito para obtener el reconocimiento de su derecho.

El fundamento que se esgrime para salir de la duda que se plantea, a saber, el reforzamiento de la posición de la acreedora que soporta la subrogación, entraña una interpretación contra consumidor que no es posible por vulnerar el art. 51.1 CE que consagra un principio de interpretación “pro consumatore” de las leyes.

Además, para llegar a esa conclusión es necesario hacer tabla rasa de la duda que plantea el art. 2.IV de la Ley 2/1994 al presuponer entrega de la certificación al momento de ejercitar el derecho a enervar.

También se muestra favorable a la enervación el Seminario Carlos Hernández Crespo de Madrid, basándose en el cambio de la redacción legal, que ahora permite a la entidad acreedora que manifieste “con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren la oferta vinculante” en lugar de exigir que se “formalizare con el deudor la novación del préstamo hipotecario”.

Sin embargo, la diferencia es más aparente que real. El carácter vinculante de la manifestación del acreedor no será tal si no manifiesta con concreción suficiente que iguala o mejora la oferta vinculante y, en el supuesto de mejora, deberá concretar las condiciones de la misma.

Parece claro que la certificación puede expedirse con carácter simultáneo a la enervación pero, dada la exigencia legal de que la misma se expida en el plazo de siete días, transcurrido dicho plazo sin certificación no cabrá enervación posterior.

En definitiva la manifestación de enervación ha de ser concreta para que sea vinculante, conforme al art. 1273 CC, de suerte que la misma no se pueda utilizar por el acreedor para bloquear la subrogación.

Por otro lado, una actitud como la descrita en orden a utilizar la enervación para retrasar la subrogación en perjuicio del consumidor y de la competencia en el mercado, siempre que se adopte de modo expreso, puede ser considerada una práctica abusiva conforme al art. 89.6 TRLGDCU por constituir una negativa al cumplimiento de obligaciones con reenvío automático a procedimientos judiciales de reclamación. La remisión a un momento ulterior de la determinación y realización de las condiciones de la novación modificativa puede ser también contraria a los arts. 85.7, 8 y 10 y 87.6 TRLGDCU.

4. VENCIMIENTO ANTICIPADO POR CUALQUIER CAUSA Y EJECUCIÓN

Al hilo de las cláusulas de vencimiento anticipado, con tanta frecuencia examinadas en el Seminario, se trae a colación la reciente resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2008, que en idéntica línea con la de 21 de diciembre de 2007 y otras, enjuicia el defecto consistente en la denegación de la inscripción de una cláusula que prevé el reembolso anticipado de la totalidad del préstamo para el caso de incumplimiento de alguna obligación.

El comentario de algunos aspectos de la misma relacionados con el vencimiento anticipado, merece cierta detención. El acuerdo denegatorio del registrador se expresaba así “Esta previsión [la de vencimiento anticipado de la obligación por incumplimiento de cualquier obligación], contenida en el la Cláusula Financiera 2.^a es inadmisibles, por su generalidad y por envolver pactos obligacionales que no pueden trascender a terceros, conforme a los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario. El vencimiento de la totalidad del préstamo, automático y apreciado únicamente por el acreedor, es contrario al art. 1256 del Código Civil. Además, tales cláusulas tampoco pueden inscribirse por

contrariar el art. 1129.3.º del mismo Código. No se puede establecer el vencimiento anticipado por el incumplimiento de obligaciones sin relación estrecha con la principal de devolver el capital y los intereses o marginales respecto de la misma y por comportamientos ajenos a la voluntad del deudor. La resolución por incumplimiento que implica el vencimiento anticipado tal como se configura en el contrato, ha de deberse a una causa seria y grave, con peso suficiente en la relación entre las partes, sin que quepa la resolución por incumplimiento de obligaciones accesorias de pequeña importancia o la falta de pago de cualquier parte de la obligación por pequeña que sea. De lo contrario, ello sería opuesto a la aplicación del principio general propio del moderno Derecho de la contratación según el cual sólo un incumplimiento esencial puede ser causa de resolución del contrato, lo que para las obligaciones recíprocas se recoge en el artículo 1124 del Código Civil y en su interpretación jurisprudencial. En definitiva, se establecen obligaciones accesorias cuyo incumplimiento, sin embargo, podría propiciar un vencimiento anticipado de la hipoteca lo que contraría también el art. 693.2 LEC, que exige para el total importe de la hipoteca no sólo que se haya dejado de pagar alguna cantidad por amortización o intereses, sino que el convenio se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. Por otro lado, la indeterminación de las obligaciones cuyo incumplimiento da lugar al vencimiento es contraria a los arts. 7, 10.1 a), 10.3 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios; y 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.”

El fundamento del fallo revocatorio de la nota por la DGRN indica que “Además entiende que la previsión contenida en la Cláusula Financiera 2.ª sobre posibilidad de exigir el reembolso por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura es inadmisibles, por su generalidad y por envolver pactos obligacionales que no pueden trascender a terceros, conforme a los artículos 9.2 y 51.6 del Reglamento Hipotecario.”

Al respecto se señala en la resolución que “Nos encontramos pues con una obligación contraída de presente, cuya duración o vencimiento para su devolución depende de unos hechos futuros, unos ciertos en su acaecimiento, aunque inciertos en el cuando (la muerte del último prestatario) y otros inciertos también en su existencia como son la venta de la casa, el incumplimiento del contenido de la escritura o la falta de residencia por el último prestatario, circunstancias estas dos últimas que, para la plena efectividad de la hipoteca, requerirán en el momento de su eventual ejecución, la prueba extrarregistral de la concurrencia de la causa que hace exigible la devolución de la cantidad prestada, pero que en modo alguno impide la inscripción de la obligación garantizada tal y como está configurada, por cuanto el principio de determinación registral debe predicarse sólo respecto del derecho real que se inscribe, la hipoteca, la cual debe quedar perfectamente determinada en su alcance y extensión, siendo irrelevantes respecto de aquel principio, los aspectos del préstamo garantizado que no influyan en el juego de la garantía.”

Esta resolución, que sigue a otras semejantes, en cuanto al tema cuya discusión ha quedado acotada, resulta ya característica al no enfrentar ni cuestionar en detalle los argumentos de la nota. Se limita a transcribirlos para luego ignorarlos en sus fundamentos jurídicos.

¿Cómo puede revocarse algo sin refutación? ¿Deberá admitirse entonces que la interpretación legal que realiza el registrador no ha sido cuestionada en ningún caso y bajo ningún aspecto por la decisión revocatoria?

El olvido o al menos la falta de contradicción de los argumentos de la nota por la resolución deja la autoridad de ésta fundada no en la claridad de sus propios fundamentos jurídicos sino en un voluntarismo que se acompasa mal con los valores constitucionales.

Pero la resolución, al no exhibir un argumento que funde el derecho del acreedor, lo deja en una posición de debilidad, librado a la incertidumbre de lo que habrá de suceder en el caso de una eventual ejecución.

¿Qué sucederá entonces? Incumplida una cualquiera de las obligaciones contenidas en el negocio, según el supuesto en discusión, la resolución nos indica que será necesaria, además, para que se produzca el vencimiento anticipado de toda la deuda “la prueba extrarregistral de la concurrencia de la causa que hace exigible la devolución de la cantidad prestada”.

No siendo posible dicha prueba en el marco del procedimiento directo de ejecución, el acreedor hipotecario habrá quedado expulsado del mismo conforme al art. 551.1 LEC. Deberá entonces dirigirse al deudor para que vuelva a consentir en dicho vencimiento u obtener, en caso contrario, resolución judicial en procedimiento declarativo¹⁶.

5. CERTIFICACIÓN DE CARGAS

Se solicita una certificación de cargas en un procedimiento de ejecución cuyo mandamiento de embargo no ha sido objeto de previa anotación, se plantea si debe expedirse o no la publicidad y, en general, el modo de proceder en ese caso.

Al hilo de ese supuesto se plantea también, ante la solicitud de certificación, el de que lo que conste en el Registro sea no la anotación preventiva del embargo ejecutivo sino únicamente del embargo preventivo en procedimiento social.

A la vista del caso, también se pone de relieve, en el procedimiento directo de ejecución hipotecaria, la dificultad que plantea la identificación insuficiente de la hipoteca que se ejecuta en las solicitudes que comentamos.

¹⁶ Ya lo apuntaba así ÁVILA NAVARRO, P., “La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)”, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, p. 215.

Inicialmente se consideró que cuando falta la anotación preventiva de embargo, salvo disposición expresa de la Ley o que se autorice en el mandamiento que sólo se expedirá la certificación sin la nota, lo más prudente es denegar la expedición de la certificación.

En pro de ese punto de vista se indicó que el art. 143.3 exige que la nota se haga al margen de la anotación preventiva de embargo, por lo que si no hay embargo no se puede poner la nota.

El art. 353.1 RH dispone que habrá de consignarse en la nota de despacho el estado de la ejecución según resulte del Registro, ya que, la nota de expedición de la certificación implica una especie de notificación de la existencia del procedimiento a terceros posteriores.

En coherencia con lo dicho también se consideró que si el proceso de ejecución no consta en el Registro no tiene virtualidad o, cuando menos, ha de tener una virtualidad menor.

No debe expedirse certificación sin nota ya que se crea la apariencia de regularidad y, finalmente, no cabe el despacho parcial de documentos judiciales, sobre la base de que se considera despacho parcial el expedir la certificación y no la nota. También se sostuvo un criterio restrictivo en cuanto a la posibilidad de poner nota al margen de la anotación del embargo preventivo sin previa conversión del mismo.

Sin embargo, una consideración detenida de los supuestos, lleva a una posición contraria en ambos casos. Los arts. 656.2 LEC, 19 bis LH y 143.2 RH no ligan la expedición de la certificación a la previa constancia del embargo. Tampoco lo hace el art. 54.2 del Reglamento de Recaudación de Vizcaya/Bizkaia, aprobado por Decreto Foral 215/2005, de 27 de diciembre.

Lo que las distintas normas ligan y condicionan es la anotación y la nota de expedición de la certificación pero la misma expedición de la certificación, que se rige por sus propios criterios, a saber, los que regulan la expedición de la publicidad formal.

En ese sentido, parece apropiado dirigirse al Juzgado manifestándole las dudas, de suerte que si el mismo apercibido del problema insiste en la petición de la certificación habrá de expedirse, si bien, no cabrá la práctica de la nota al margen por no constar previamente anotado el embargo.

También parece procedente, advertir en la propia certificación que no se ha hecho constar la circunstancia de la expedición de la certificación al margen de la anotación del embargo por no haberse practicado previamente la misma.

Respecto al supuesto de los embargos cautelares ya en la sesión de 9 de mayo de 2006 se admitió que pudiera expedirse certificación de cargas en tales casos. Respecto de la constancia de la certificación por nota al margen de la anotación, los requerimientos citados más arriba no condicionan la expedición a la posibilidad de practicarse la nota sino a la previa anotación registral del embargo, por lo que no se ve obstáculo que impida la expedición de la certificación, como se ha dicho y con las cautelas vistas respecto del juzgado.

Sin embargo, si seguimos, con carácter general, el criterio que para Vizcaya/Bizkaia se establece en el art. 54.2.II del Reglamento de Recaudación del Territorio Histórico, dado que las notificaciones en el procedimiento de ejecución no se harán hasta la conversión de la medida cautelar en definitiva, en tanto que no conste esa conversión no procederá la práctica de la nota marginal.

6. HERENCIA

Se trata de la herencia de una persona a la que concurren su viuda y las cuatro hijas. El único bien inventariado es una vivienda. La viuda se adjudica su mitad de gananciales y el usufructo de la otra mitad por herencia, las hijas la mitad de la nuda propiedad por cuartas partes.

A continuación extinguen el condominio y se adjudica la finca una de las hijas, pero sin decir expresamente que lo hace en pleno dominio, por lo que al registrador se le plantea la duda de si se extingue el usufructo, a lo que el presentante responde verbalmente que la viuda renuncia y que no quería nada. El registrador se inclina por aceptar esa manifestación.

Poco se pudo decir en este caso. Cuando se han agotado por completo los medios de interpretación y subsisten las dudas el art. 1289 CC se inclina en los contratos gratuitos por la menor transmisión de intereses.

Además, rigiendo en el Registro de la propiedad el principio de especialidad conviene que los pronunciamientos que publica el Registro gocen de la mayor claridad.

Ambas razones abonan la conveniencia de pedir un pronunciamiento expreso de la viuda sobre la extinción del usufructo.

Sin embargo, el hecho de que la mitad en pleno dominio de la viuda haya pasado a la hija por la extinción del condominio, unido a la manifestación verbal indicada pueden, además de revelar la voluntad de la madre de desprenderse del inmueble, justificar la decisión del registrador de inscribir la finca a favor de la adjudicataria en pleno dominio.

7. DIVISIÓN HORIZONTAL DE DOS EDIFICIOS

Una de las tres fincas resultantes en una reparcelación tiene dos edificios de tres viviendas cada uno, sobre los que se constituye una propiedad horizontal.

Se da a cada edificio una cuota del cien por cien, que se reparte entre las viviendas de cada uno de ellos, pero no se da a cada edificio una participación en el total inmueble o conjunto inmobiliario, alegándose al efecto una resolución de 2004.

Al parecer se adoptan las indicadas cuotas porque el constituyente del régimen quiere que cada edificio participe únicamente en el arreglo de los deterioros de su tejado pero no en los del otro. Se plantea si es necesario señalar cuota, ya sea de los edificios o de los pisos, en el terreno.

Aparece en primer lugar la incongruencia de que los edificios que integran la propiedad horizontal tienen cuotas que suman un doscientos por cien. Esa incongruencia tiene que aclararse ya que conforme a la LPH las cuotas de participación se establecerán con referencia a centésimas en el valor del inmueble.

En la resolución aludida, que parece ser la de 14 de junio de 2004, se discute la necesidad o no de licencia de parcelación para lo que se distingue entre el complejo inmobiliario y la propiedad horizontal ordinaria.

La única especialidad del complejo inmobiliario, según dicha resolución, “es que sus titulares participen, como derecho objetivamente vinculado a la respectiva finca independiente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, sean viales, instalaciones o tan sólo servicios. Es decir, que lo común son esos elementos accesorios, no la finca a la que se vincula la cuota o participación en ellos que han de ser fincas independientes.”

En el presente caso no se da, como vemos por dicha resolución, un complejo inmobiliario sino una propiedad horizontal ordinaria, cuyo primer elemento esencial es una copropiedad sobre el suelo.

Por tanto, es necesario, de un lado, que se articule el propósito del constituyente de que cada uno de los edificios contribuya a la reparación del tejado en proporción a su cuota de participación, sin que los pisos de un edificio contribuyan a las reparaciones del tejado del otro, lo que se puede hacer por medio de la correspondiente cláusula estatutaria.

Por otro lado, será necesario establecer la cuota de participación de cada uno de los pisos en la propiedad horizontal conjunta, la cual ha de referirse a centésimas del total valor del inmueble, conforme al art. 3.b) II LPH.

8. PARTICIÓN PARCIAL

Una viuda vizcaína, junto a uno de sus tres hijos ejercita el poder testatorio del difunto y se adjudica un inmueble, pero no se realiza el apartamiento expreso de los demás hijos. Se plantea su inscribibilidad.

Aunque no haya apartamiento expreso, el mismo tiene lugar conforme al art. 54.II del Fuero civil, “los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión”.

Sin embargo, en el presente caso parece que no hay siquiera designación de heredero ni beneficiario de la sucesión, lo cual es previo al apartamiento. El designado luego podrá renunciar a favor de la viuda o realizar una donación, para ello será necesario que se realice la atribución de los bienes al beneficiario y que luego el mismo renuncie o done a la comisaria. Sólo en esas condiciones podrá hacerse la inscripción.

Pese a que la donación se halle exenta puede aparecer una dificultad adicional si el beneficiario por la atribución que luego renuncia o dona está casado en comunicación foral, pues en ese caso la transmisión a la comisaria requiere del consentimiento del cónyuge del beneficiario.

9. CONTADOR-PARTIDOR

Un registrador ha sido designado contador partidador en un juicio de testamentaría. En 1944 el matrimonio de cuya sucesión se trata compra

un caserío con ocho pertenecidos y dieciséis fincas más, dando lugar a diecisiete fincas registrales.

Todas las fincas están en la misma zona y término, pero no se aprecia con claridad si el conjunto forma o no una unidad de explotación.

Los cónyuges habían otorgado capitulaciones matrimoniales con poder testatorio, por toda la vida, en 1904. La mujer en su testamento deja el caserío con sus pertenecidos a dos hijos, los cultivadores; a otro, previa segregación, le deja otro pertenecido y el resto de los bienes se atribuyen en pro indiviso a los cuatro hermanos que quedan al fallecimiento.

La madre falleció bajo ese testamento. El viudo en documento privado particional y de pago de los impuestos de la sucesión deja ver que todas las indicadas fincas formaban una unidad orgánica. En un testamento posterior reitera que deja la total explotación a los dos hijos cultivadores. Muere en 1956, sin haber usado el poder testatorio. Se trata de interpretar la voluntad de la viuda sobre el destino de las dieciséis fincas inscritas en folio independiente en el sentido de si deben ir a los cultivadores o a los cuatro hijos.

La duda está en si se considera caserío a la unidad de la casa y la explotación agraria o sólo consideramos tal a la que así aparece configurada en el Registro. Por tanto, la duda arranca de la idea actual de prevalencia de la inscripción sobre la realidad civil en tanto que no se coordinen ambas realidades, sobre la base del principio de legitimación.

Sin embargo, no hay que olvidar que la materia se rige por el Fuero de Vizcaya, vigente con anterioridad a la Compilación de 1959 y que lo que se trata de averiguar que es lo que comprendía el caserío como unidad de explotación.

Conforme a la antigua legislación, en las Leyes 12 y 13 del Fuero Nuevo, la constitución del caserío como unidad se deja a la voluntad del dueño. En ese sentido se pronuncia la resolución de la DGRN de 10 de febrero de 1928.

Dicho esto, la inscripción de 1944, en la que se daba folio independiente de un lado al caserío con sus pertenecidos y de otro a cada una de las restantes dieciséis fincas, no resulta concluyente en cuanto a la voluntad de los dueños respecto a la configuración unitaria de la explotación.

En el acto particional el viudo trata el conjunto de fincas, tanto las independientes como las inscritas en el folio de la casa, como una unidad orgánica. Su voluntad respecto a esa circunstancia se ve ratificada por el posterior testamento en el que vuelve a dejar el caserío a sus cultivadores.

Todo ello inclinó a la mayoría de los asistentes por entender que pese a la inscripción separada de dieciséis fincas, las mismas en realidad eran pertenecidos ligados al caserío, debiendo quedar para los cultivadores conforme a la voluntad de los causantes.

De ello se sigue que los otros dos hijos han quedado apartados de los inmuebles. Dada la antigüedad del caso queda la duda si ello es posible sin un apartamiento formal con algo de tierra, pero ya JADO entendía que no se puede extremar el formalismo, bastando para que tenga lugar el apartamiento con dejar a los demás herederos algunos bienes, como ocurre en el presente caso.