

JADO

REVISTA JURÍDICA ALDIZKARI JURIDIKOA LAW REVIEW

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

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

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

29 ENERO-DICIEMBRE
2019-2020-2021
URTARRILA-ABENDUA
AÑO XVI. URTEA



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



ACADEMIA VASCA DE DERECHO
ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA



Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

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

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

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

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

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

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

Urtean behin argitaratzen da, eta bertara biltzen dira hiru erakundeen lanak eta jarduerak.

JADO aldizkariarekin posta trukez aritzeko, Akademiaren idazkaritzara jo behar da:

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

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

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

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

Recalde zumarkalea, 8. zk., 1, eskuina – 48009 Bilbo
Tlf.: 94 425 57 15 secretaria@avd-zea.com

Diseño / Diseinua
www.ikeder.es

ESTA REVISTA SE INCLUYE SISTEMÁTICAMENTE EN LAS BASES DE DATOS DIALNET Y LATINDEX
INCLUIDA EN LA RED DE BIBLIOTECAS UNIVERSITARIAS (REBIUN)

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

DIRECTOR
ZUZENDARIA
DIRECTOR

Andrés María URRUTIA BADIOLA
Notario/Academia Vasca de Derecho

DIRECTORA ADJUNTA
ZUZENDARI LAGUNTZAILEA
ASSISTANT DIRECTOR

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

CONSEJO DE REDACCIÓN
IDAZKETA BATZORDEA
EDITORIAL BOARD

José Miguel GOROSTIZA VICENTE
Abogado/Academia Vasca de Derecho

Elixabete PIÑOL OLAETA
Abogada/Academia Vasca de Derecho

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

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

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

Borja IRIARTE ÁNGEL
Magistrado TSJPV

CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL
NAZIOARTEKO BATZORDE AHOLKULARIA
INTERNATIONAL REFERENCE COMMITTEE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Alkain ORIBE MENDIZABAL
Abogada

Jesús FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ
Abogado

Vicente María DEL ARENAL OTERO
Notario de Bilbao

Francisco Javier OÑATE CUADROS
Notario de Donostia-San Sebastián

[9-11] PRESENTACIÓN / AURKEZPENA / PRESENTATION

ESTUDIOS / AZTERLANAK / FIELD STUDIES

- [15-63] BASTERRETxea DAÑOBEITIA, Ane: *El cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho: análisis de la legítima y otras instituciones que modifican su posición. Diferencias entre el derecho civil vasco y el derecho del territorio común / Alarguna eta, hala balitz, bizirik dirauen bikotekidea: figura horien azterketa eta horien egoera ukitzen duten beste figura batzuenak. Euskal zuzenbide zibilarren eta Lurralde erkidearen Zuzenbidearen arteko desberdintasunak / Analysis of the power of appointment. Perspective of the institution since the passing of the Basque Civil Law Act 5/2015 and approach to the notary practice*
- [65-105] BELINTXON MARTÍN, Unai: *Espainiar eskualde-arteko Zuzenbidearen berritze prozesuari buruzko hausnarketak: XXI. menderako erronka / Reflexiones en torno al proceso de renovación del marco plurilegislativo español. Un reto del siglo XXI / Considerations about the renewal of the Spanish inter regional Law: a XXI century challenge*
- [107-158] CASTILLO CORDERO, Álvaro: *Retos de futuro para el autogobierno vasco: amenazas, mecanismos de defensa y propuestas “de lege ferenda” / Euskal autogobernurako erronkak. Mehatxuak, babes lanabesak eta “lege ferenda” proposamenak / Future challenges to Basque self-government. Threats, defense mechanisms and proposals for “lege ferenda”*
- [159-207] ESTÉFANO ÁLVAREZ, Teresa: *Situación actual del Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Incidencia en el País Vasco / Hiri lurren balio gehikuntzaren gaineko udal zergaren egungo egoera, Konstituzio Auzitegiaren epaien ondoren. Euskal Autonomia Erkidegoan horrek duen eragina / Current situation of the increased value of the estate property municipal tax after the last Constitutional Court resolutions. Incidence in the Basque Country*

Sumario / Aurkibidea / Table of contents

- [209-311] FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús J.: *La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco ¿fiducia o poder testatorio?* / *Euskal zuzenbide zibilaren legean komisario bidezko oinordetza. Fiduzia edo testamentuko ahalordea?* / *The power of appointment in the Basque Civil Law. Trust or power of appointment?*
- [313-365] HERNANI IRIARTE, Jon: *7/2015 Legeko Etxebizitzaren erabileraren mugak: irizpideak eta interpretazio desberdinak* / *Los límites a la utilización de la vivienda en la ley 7/2015: criterios y diferencias interpretativas* / *Restrictions to the use of the family home in the 7/2015 Act: different criteria and interpretations*
- [367-426] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Irene: *La limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: evolución legislativa y análisis comparativo* / *Sozietateen gaineko Zergan finantza gastuen kengarri izakerako mugak: lege bilakaera eta azterketa konparatiboa* / *The limitation of the deductibility of financial expenses in the corporate income tax: legislative evolution and comparative study*
- [427-489] SAGASTI AURREKOETXEA, Josu J.: *Zeinu Bereizgarrien Araubide Juridikoa* / *Régimen jurídico de los signos distintivos* / *Distinctive signs regulation*
- [491-537] VITORIA RECALDE, Aitor: *Análisis de la sucesión por comisario. Perspectiva de la figura desde la aprobación de la ley 5/2015 de Derecho Civil vasco y aproximación a la práctica notarial* / *Komisario bidezko oinordetza-ren azterketa. Figura horren ikuspegia, euskal zuzenbide zibilaren Legea 5/2015 onetsi zenetik eta notarioen jarduerarekiko hurbilketa* / *Analysis of the power of appointment. Perspective of the institution since the passing of the Basque Civil Law Act 5/2015 and approach to the notary practice*

NOTAS / OHARRAK / EXPLANATORY NOTES

- [541-592] *Resumen Seminarios del Decanato de Registradores del País Vasco*
- [595-605] *NORMAS DE PUBLICACIÓN / ARGITALPENERAKO ARAUAK*
/ PUBLICATION STANDARDS

PRESENTACIÓN

La revista jurídica *JADO* inicia con su número 29 una nueva andadura que intenta ahondar en su labor como una de las publicaciones de referencia en el mundo jurídico vasco. Para lograrlo, busca nuevas sinergias entre la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia, que camina hacia su segunda década de existencia, el Ilustre Colegio Notarial del País Vasco y el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia, en un intento de combinar conocimiento y práctica del Derecho en el País Vasco en sus diferentes ramas y vertientes.

De ahí la renovación de sus órganos responsables entre los que saludamos a la nueva directora adjunta, doña Vega María Arnáez Arce, profesora de la Universidad de Deusto, así como a los miembros del Consejo de Redacción, representantes de las entidades que promueven esta nueva etapa de *JADO* y a los del Consejo Asesor Internacional, cuya generosidad a la hora de aceptar sus cargos hay que subrayar.

El camino iniciado, como es evidente, pasa por una utilización cada vez más creciente de las nuevas tecnologías y de las redes sociales a fin de extender lo más posible la transferencia del conocimiento que supone una publicación de este tipo.

En suma, nuevos tiempos, nuevas realidades y un nuevo impulso para obtener resultados útiles y válidos para la sociedad. Es la función primera del Derecho y a ella nos debemos.

AURKEZPENA

JADO aldizkari juridikoak ibilbide berriari ekiten dio 29. zenbaki honekin. Izan ere, aldizkariak sakondu nahi du euskal esparru juridikoan izan dezakeen erreferentzialtasuna. Horretarako sinergia berriak eskuratu dira, Zuzenbidearen Euskal Akademia, Euskal Herriko Notario Elkargoa eta Bizkaiko Abokatutza Elkargoa hirukotearen barnean, Zuzenbidearen alor desberdinetan elkar lotuz ezaupide teorikoak eta jarduera praktikoa Euskal Herriaren esparruan.

Horra, bada, aldizkariaren arduradunak berriztatze-prozesua. Hasteko, zuzendari laguntzaile berriaren zereginak, Vega María Arnáez Arce andereak, Deustuko Unibertsitateko irakasleak, beteko dituenak (29. zenbaki hau barne) eta Idazketa Batzordea eraberritua, osterantzeko ibilbidea bultzatu duten erakundeen ordezkariak osatua eta, orobat, Nazioarteko Batzorde Aholkularia, kide berriek ere osatua. Horien guztien eskuzabaltasuna ere aipatu beharrekoa.

Hasian hasi, bide birmoldatu horri dagokio, ezbairik gabe, teknologia berrien eta sare sozialen erabilera, horietan kokatzen baita tankera hone-tako argitalpen bati dagokion ezagutzaren transferentzia.

Labur zurrean, aldi berriak, errealitate berriak eta bultzada berria gizar-tearentzat emaitza erabilgarri eta onuragarriak erdiesteko. Horixe da, izatez, Zuzenbidearen zeregin nagusia eta horri buruz ekin beharra dago.

PRESENTATION

JADO law review begins with the 29th number a new way to get a more meaningful work as a referent publication in the Law's world of the Basque Country. To met this goal there are new synergies among the Basque Academy for the Law, which is starting its second decade, the Chamber of Notaries of the Basque Country and the Biscay Bar Association, in an attempt to combine theoretical and practical knowledge of the different branches of Law, in the Basque Country.

For this new way, new persons and responsibilities are necessary. The new assistant Director Mrs. Vega María Arnáez Arce, lecturer in the Deusto University of Bilbao, or the new members of the Editorial Board and the International Reference Committee are examples of this. All of them have answered the call with generosity.

This new way demands the use of new technologies and social networking in order to spread as much as possible the transfer of Law know how in the Basque Country.

Briefly, new times, new facts and a new leap forward to achieve new useful results, valid for all the Society. The aforementioned is number one purpose of Law and we are committed to it.

ESTUDIOS
AZTERLANAK
FIELD STUDIES

El cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho: análisis de la legítima y otras instituciones que modifican su posición. Diferencias entre el derecho civil vasco y el derecho del territorio común*

ANE BASTERRETxea DAÑOBEITIA

Doble Grado en Derecho y Relaciones Internacionales. Universidad de Deusto
Zuzenbidean eta Nazioarteko Harremanetan lizentziatua. Deustuko Unibertsitatea

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

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 8/11/2021

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la figura del cónyuge viudo y, en su caso, del miembro superviviente de la pareja de hecho, tras la muerte del otro cónyuge o miembro de la pareja, toda vez que se trata de una figura que ve perjudicada su situación al estar colocada en una situación de desventaja respecto de la que vivía con anterioridad al fallecimiento puesto que disfruta de un *ius iure in res aliena* sobre una parte de la herencia que, salvo en el caso que sea único legítimo, puede verse reducida, incluso, a la tercera parte. En este estudio se analizan

*Trabajo premiado en la III Edición del “Premio Adrián Celaya para Jóvenes Juristas”, otorgado por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, en septiembre de 2018.

las particularidades del Derecho Civil del País Vasco en relación con el Derecho del Territorio Común con el fin de establecer las similitudes y las diferencias de ambos regímenes jurídicos y poder, finalmente, concluir cuál es el régimen sucesorio que favorece y protege más a la figura del cónyuge viudo o, en su caso, al miembro superviviente de la pareja de hecho.

Palabras clave: cónyuge viudo, legítima, régimen sucesorio, miembro superviviente, pareja de hecho, Derecho Civil Vasco, Derecho del Territorio Común.

Alarguna eta, hala balitz, bizirik dirauen bikotekidea: figura horien azterketa eta horien egoera ukitzen duten beste figura batzuen. Euskal zuzenbide zibilaren eta Lurralde erkidearen Zuzenbidearen arteko desberdintasunak

Laburpena: Lan honen edukia da alargunaren eta hala badagokio ere, izatezko bikotearen bizirik dirauen bikotekidearen figura aztertzea, beste ezkontidea edo bokotearen kidea hil ondoren. Izan ere, hori desabantaila egoeran dago hil aurreko egoerarekiko *ius iure in re aliena* baitu jarauntsiaren zati baten gainean. Gainera, senipartedun bakarreko kasuan izan ezik, zati hori heren batera murriztu daiteke. Ikerketa honetan aztertzen dira Euskal zuzenbide zibilaren ezaugarriak, Lurralde erkidearen Zuzenbidearekiko, bi araubide juridikoen arteko antzekotasunak eta desberdintasunak zedarrizatzeko eta azkenik, alarguna edo bizirik dirauen izatezko bikotearen bikotekidea zein araubidek aldeztu duen modurik zabalenean.

Gako-hitzak: alarguna, senipartea, oinordetza araubidea, bizirik dirauen bikotekidea, izatezko bikotea, Euskal zuzenbide zibila, Lurralde erkidearen Zuzenbidea.

Analysis of the power of appointment. Perspective of the institution since the passing of the Basque Civil Law Act 5/2015 and approach to the notary practice

Abstract: The object of this work is the analyses of the situation of the widow, and if applicable, the surviving partner, after the other spouse or partner passes away, as long as their situation is disadvantageous in comparison with their situation before. They only benefit from a “*ius iure in res aliena*” over a part of the inheritance that, unless being the only forced successor, can be reduce as much as to a third part of it. This study analyzes the particularities of the Basque Civil Law versus Spanish General Civil Law, in order to settle the differences and similarities between both legal systems, and finally, come into the conclusion of which of the aforementioned is the Succession Law more protective to the widower or, if applicable, the surviving partner.

Key words: widow, forced succession, succession regime, surviving partner, unmarried couple, Basque Civil Law, Spanish General Civil Law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN / II. AMBITO SUBJETIVO / III. LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO. 3.1 Concepto. 3.2 Evolución histórica. 2015 como año determinante. 3.3 Características fundamentales de la legítima del cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho: a) *Particularidades generales de la legítima del cónyuge viudo y el miembro superviviente de la pareja de hecho en el Derecho Civil Vasco.* b) *Particularidades generales de la legítima del cónyuge viudo en el Derecho Común.* Derechos sucesorios en virtud de la legítima: a) *Usufructo.* b) *Derecho de habitación.* IV. INSTITUCIONES QUE MODIFICAN LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO: DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO CIVIL VASCO Y EL DERECHO COMÚN. 4.1 Preterición. 4.2 Desheredación. 4.3 Cautela Socini. 4.4 Conmutación. V. ESPECIALIDADES DEL DERECHO CIVIL VASCO Y SUS EFECTOS EN LA FIGURA DEL CÓNYUGE VIUDO. 5.1 Los pactos sucesorios. 5.2 El testamento mancomunado. 5.3 Alkar poderoso. 5.4 La troncalidad. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA. 7.1 Doctrina. 7.2 Doctrina jurisprudencial: a) *Tribunal Supremo.* b) *Audiencias provinciales.* (3) Legislación. VIII. ANEXOS. 8.1 Tabla comparativa de la legítima del cónyuge viudo. 8.2 Recuento de Testamento Mancomunado Abierto (2010–2013).

ABREVIATURAS

CC: Código Civil

LDCV: Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

En el derecho sucesorio español la sucesión se defiere por la voluntad del causante manifestada en testamento, por contrato o por disposición de la ley, dependiendo del régimen sucesorio que tratemos. Una característica que todos los regímenes tienen en común es la libertad del testador a la hora de realizar la sucesión testamentaria. Sin embargo, se trata de una libertad restringida, ya que no puede disponer de sus bienes como desee debiendo cumplir una serie de limitaciones legales que reciben el nombre de legítimas.

El presente análisis se centra en el cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho, cuya situación tras la muerte del otro cónyuge, comparada con la del resto de legitimarios, es la más diferente. Se trata de una figura que, como consecuencia del fallecimiento del cónyuge, ve perjudicada su situación, puesto que se coloca en una posición de desventaja respecto de la que vivía previo al fallecimiento de aquel: disfruta de un *ius in re aliena* sobre una parte de la herencia que, salvo que sea el único legitimario, puede verse reducida, incluso, a la tercera parte¹. En este aspecto, FERNÁNDEZ CAMPOS se refiere a esta legítima como:

“una atribución patrimonial sucesoria necesaria que el causante puede satisfacer a través de distintos títulos y en diferentes momentos, pero que, si no lo hace, el Código Civil señala que se habrá de satisfacer, primariamente, como una cuota de la herencia variable en función de los herederos con los que concurra el cónyuge viudo, y constituyendo sobre la misma un derecho real de usufructo”².

¹ CABEZUELO ARENAS, A. L. *Diversas formas de canalización de la cautela Socini*. Valencia: Ed. Tirant Monografías, 2002, p. 12.

² FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. *El pago de la legítima al cónyuge viudo*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 19.

En el territorio español conviven diferentes regulaciones en materia sucesiva, aquella del territorio común y las forales. Pese a que hay rasgos generales que ambas comparten, el derecho civil objeto de estudio, el del País Vasco, contiene una serie de particularidades que merecen especial atención debido a las consecuencias que éstas tienen para los legitimarios en general y para el cónyuge viudo en particular. Es por ello, que el presente análisis tiene por objeto reunir y comparar algunos de los aspectos más relevantes de los derechos legales del viudo, para establecer las similitudes y diferencias entre los regímenes jurídicos mencionados y poder finalmente concluir qué régimen sucesorio favorece y protege más a esta figura. Para ello, el siguiente análisis consistirá en el estudio de la doctrina.

II. ÁMBITO SUBJETIVO

Es necesario comenzar el análisis delimitando el ámbito subjetivo de las normas objeto de estudio en los próximos apartados, pues en esta cuestión radica una de las principales diferencias entre el régimen jurídico del Derecho Civil Vasco y el Derecho Común.

Si bien con la nueva Ley vasca los preceptos mencionados no sólo se aplican al cónyuge viudo, sino que se amplía y equipara a efectos sucesorios el ámbito subjetivo incluyendo al miembro superviviente de la pareja de hecho, siempre y cuando la pareja de hecho estuviera debidamente inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco³; el articulado correspondiente a las sucesiones del Código Civil es aplicable sólo al cónyuge viudo estrictamente, sin incluir al conyugue o pareja estable. De tal modo, las parejas de hecho de territorio

³ Artículo 4 de la Ley 2/2003, de 7 de marzo, reguladora de las parejas de hecho (Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/2015 LDCV).

común han de otorgar testamento para que la pareja del fallecido pueda heredarle, pues, de lo contrario, estos carecen de derechos legitimarios.

Así pues, la nueva ley vasca respeta la doctrina constitucional tal y como señala MARTÍNEZ⁴ y muestra su adaptación a las necesidades y exigencias actuales, así como a las nuevas formas de convivencia.

Cabe matizar que la legítima del cónyuge viudo sólo rige en ambos regímenes cuando éste no estuviera separado legalmente o de hecho del causante (art. 55 LDCV y 834 C.c.).

III. LA LEGÍTIMA DEL CÓNYPUGE VIUDO

3.1 Concepto

La legítima es de acuerdo con el artículo 806 CC, “la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”. En cambio, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV) la define como:

“una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo. El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita”⁵.

⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. *Avance de posición y rango del viudo y la pareja de hecho en la sucesión intestada vasca (Fusión de tradición y cambio social en la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco)*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho *Boletín JADO*, Año XIV. N° 27, Enero-Diciembre 2015-2016, p. 192.

⁵ Artículo 48, apartados uno y dos. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

En palabras de VALLET DE GOYTISOLO, la legítima supone “una reglamentación negativa a la libertad dispositiva del causante”⁶. Dicha reglamentación se concreta en dos aspectos: por un lado, normativo en cuanto se establecen normas que protegen en aquellos casos en que el testador no respete lo establecido en la Ley; y, por otro lado, contable por determinar la parte mínima de la herencia que el legitimario debe percibir⁷.

Si bien el Código Civil tiene un sistema legitimario más extenso, el Derecho Civil vasco limita su legítima al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho y descendientes, habiendo sido eliminados en la actual ley los ascendientes de dicha institución.

3.2 Evolución histórica. 2015 como año determinante

El derecho sucesorio en lo que respecta a la legítima del cónyuge viudo, tanto el de territorio común como el vasco, se trata de una institución relativamente reciente. En el Derecho Civil Vasco, la legítima del cónyuge viudo fue introducida por primera vez en Bizkaia con la Compilación de 1959, que seguía al Proyecto de Apéndice de 1928. En la historia del derecho sucesorio común encontramos precedentes o algunos rasgos⁸ de la legítima del cónyuge viudo en la época Justiniana, el Fuero Juzgo o en las Partidas⁹; sin embargo, la legítima del cónyuge

⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. tomado de FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho Civil Vasco”. En: *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz: Colección informes y documentos, Serie Maior, 2016, p. 432.

⁷ *Ibidem*.

⁸ En ocasiones sólo se reconocía un derecho sobre la herencia a la viuda y en otras, a pesar de que también se concediera tal derecho al marido, éste sólo regía si quedaban hijos.

⁹ Para más información puede analizarse el estudio de FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. *El pago de... Op. cit.*, pp. 23-30; RÁGEL SÁNCHEZ, L. F. *La Cautela galdense o Socini y el artículo 820.3.º del Código Civil*. Madrid: Ed. Dykinson, 2004, pp. 176-177.

viudo como verdadero derecho sucesorio necesario se recogió en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, la cual se inspiró en la legislación foral concediendo la legítima en usufructo¹⁰.

Lo cierto es que, a pesar de la antigüedad del Código Civil, estos últimos años se han producido modificaciones en parte del articulado que nos concierne mediante la Ley 11/1981, 7/2003, 15/2005, y Ley 5/2015. Asimismo, el 2015 también fue un año de inflexión para el Derecho Civil Vasco, que vio reformada su Ley de 1992. Esta nueva Ley vasca unifica el derecho aplicable a los tres territorios históricos, eliminando así las diferencias, no sólo entre estos tres, sino también entre las diferentes zonas de Bizkaia. Estamos, por consiguiente, ante una Ley muy reciente, cuyo análisis aún no ha sido abordado de manera extensa.

Las reformas mencionadas en ambos regímenes afectan de manera directa al objeto de estudio, siendo la legítima una de las instituciones más modificadas.

3.3 Características fundamentales de la legítima del cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho

El régimen jurídico de la legítima del cónyuge supérstite presenta algunas características particulares que la diferencian del régimen del derecho sucesorio del resto de legitimarios¹¹.

Para empezar, cabe observar dicho distinto tratamiento en el hecho de que su regulación en el Código Civil no se encuentra en la Sección

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ FÉRNANDEZ CAMPOS, J. A. *El pago de...* *Op. cit.*, pp. 15, 33; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho de sucesiones*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1991, p. 297, tomado de MARTÍNEZ DE BEDOYA BUXÉNS, C. *La situación del cónyuge viudo en el Derecho Civil Foral de Bizkaia*. Bilbao: Instituto de Estudios Vascos, Universidad de Deusto, 1998, p. 170.

5ª, del Capítulo II, del Título III, “De las legítimas” junto con el resto de los legitimarios como los descendientes o ascendientes, sino que se trata en una sección específica y autónoma, que exclusivamente regula la institución del cónyuge viudo bajo la rúbrica de “Derechos del cónyuge viudo”. Sin embargo, este tratamiento no se aprecia en el Derecho Civil Vasco, donde esta legítima está regulada en la misma sección que el resto de las legítimas sin distinción alguna.

Para continuar, es necesario hacer referencia a los rasgos que definen esta legítima individual y la diferencian de las demás. En primer lugar, debemos hacer referencia a la a su carácter usufructuario, del que se desprende una gran excepcionalidad, ya que el resto de los legitimarios reciben su cuota en propiedad. En segundo lugar y en relación con el carácter usufructuario, es principio fundamental de esta institución su intangibilidad, tanto cuantitativa, por consistir en una cuota de la herencia total¹², como cualitativa, por ser libre de cargas. En tercer lugar, la legítima del cónyuge viudo no es excluyente, pues el derecho de éste concurre con el de los demás legitimarios (descendientes y ascendientes). En cuarto lugar, su cuota es variable. De modo que, ésta será mayor o menor en función de los legitimarios con los que concurra el derecho del cónyuge viudo¹³.

a) *Particularidades generales de la legítima del cónyuge viudo y el miembro superviviente de la pareja de hecho en el Derecho Civil Vasco*

El cónyuge viudo presenta las siguientes características según FERNÁNDEZ DE BILBAO¹⁴:

¹² Cuota que, dependiendo con quien concurra la legítima del cónyuge viudo y/o miembro superviviente de la pareja de hecho, será mayor o menor. Así, por ejemplo, en el Derecho Civil Vasco si concurriere sólo con descendientes sería de ½.

¹³ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. *El pago de...* *Op. cit.*, pp. 15.

¹⁴ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y el cálculo...”. *Op. cit.*, p. 447.

El cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho

- Es renunciable
- Está subordinado a la troncalidad
- Es una legítima individual (artículo 48.5) por lo que no puede ser apartado, aunque sí desheredado
- No tiene que colacionar en lo referido a la cuota del usufructo (artículo 59.2)
- No responde de las deudas hereditarias
- Participa de la comunidad hereditaria, por lo que está facultado para instar la división del patrimonio hereditario.

b) *Particularidades generales de la legítima del cónyuge viudo en el Derecho Común*

La posición jurídica del cónyuge viudo como legitimario en Código Civil se integra por una serie de facultades que, de acuerdo con VALLET DE GOYTISOLO¹⁵, son las siguientes:

- La facultad de promover la partición
- Sin la concurrencia del cónyuge viudo no se puede verificar la partición mientras sus derechos no le hayan sido satisfechos
- No puede llevar a cabo la función de contador-partidor en la herencia de su cónyuge
- Participa en el pago de los gastos comunes que deriven de la partición.

¹⁵VALLET DE GOYTISOLO, J. *Contenido cualitativo de la legítima vidual del Código Civil*. Revista de Derecho Privado, 1970, pp. 101-117, tomado de FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. *El pago de...* *Op. cit.*, pp. 37-38.

3.4 Derechos sucesorios en virtud de la legítima

A continuación, analizaremos el contenido de la legítima en relación con la intangibilidad de la misma en su vertiente cuantitativa así como un derecho de reciente incorporación en el Derecho Civil Vasco que, a pesar de sus vicisitudes, merece ser estudiada en este apartado.

a) *Usufructo*

Se trata de una legítima que se satisface mediante un derecho real de usufructo, en lugar de con la propiedad. El cónyuge viudo tiene derecho a una cuota que variará en función de la concurrencia de otros legitimarios y de la ley que apliquemos.

Así pues, cuando el régimen legal aplicable sea la LDCV, si concurren descendientes y el cónyuge viudo en la sucesión intestada, éste tendrá derecho al usufructo de la mitad de los bienes del causante; mientras que en el Código Civil el cónyuge supérstite tendrá derecho al tercio destinado a mejora (art. 834 CC). Si el cónyuge viudo concurre con parientes distintos de los descendientes o con extraños, tendrá derecho al usufructo de dos tercios de la herencia (art. 52 LDCV). Este supuesto se contempla de forma distinta en el Código Civil, de manera que, si el cónyuge no concurre con descendientes, pero sí con ascendientes, tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 C.c.), y cuando no existan ni descendientes ni ascendientes, dos tercios de la herencia (art. 838 C.c.). En definitiva, en el régimen sucesorio común pueden darse tres situaciones distintas, mientras que en el Derecho Civil Vasco sólo dos, quedando los ascendientes eliminados como legitimarios.

Cabe la posibilidad de que el cónyuge atribuya al cónyuge viudo un usufructo universal, cuestión que trataremos más en profundidad en el apartado dedicado a la cautela Socini.

b) *Derecho de habitación*

El derecho de habitación es una novedad que presenta el nuevo régimen de Derecho Civil Vasco respecto de la legítima del cónyuge viudo y de aplicación *ex novo* al miembro superviviente de la pareja de hecho tras la nueva ley, que no se contempla en el régimen común. Un derecho de habitación sobre la vivienda familiar, conyugal o de la pareja de hecho (art. 54 LDCV), el cual el legislador parece haber incluido como un añadido del usufructo a juicio de GALICIA AIZPURUA¹⁶. En este sentido URRUTIA BADIOLA¹⁷ y GALICIA AIZPURUA¹⁸ consideran que se trata de un derecho de naturaleza sucesoria, pero que no es una legítima viudal, sino un “plus” distinto e independiente de la legítima usufructuario en cuanto a que es posible aceptar un llamamiento y repudiar el otro. Circunstancia distinta es la concurrencia del derecho de habitación con el usufructo universal, pues en este caso se entiende subsumido el derecho de habitación en el usufructo.

No obstante, se trata de un derecho sujeto a unas condiciones; que el cónyuge “se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho” (art. 54 LDCV).

Ahora bien, en los supuestos en que la vivienda habitual forme parte del elemento principal del caudal en que se cifra éste, y cuando no existan más bienes sobre los que pueda recaer la legítima, “el derecho de habitación quedará embebido en esta, aunque el supérstite podrá renunciar a una y aceptar el otro o viceversa, pue son derechos independientes”

¹⁶ GALICIA AIZPURUA, G. “La sucesión forzosa: planteamiento general”. En: Academia Vasca de Derecho. *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz: Colección informes y documentos, Serie Maior, 2016, p. 417.

¹⁷ URRUTIA BADIOLA, A. M. tomado de FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. “El derecho de habitación del viudo en la Ley de Derecho Civil Vasco”. Bilbao. www.forulege.com. 2016. p. 3.

¹⁸ GALICIA AIZPURUA, G. tomado de FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. “El derecho de habitación...”, *op. cit.*, p. 3.

señala GALICIA AIZPURUA. Cabe matizar que, en este caso, y a diferencia de la legítima, no cabe la conmutación a instancia de aquellos que soporten el gravamen.

Hay que tener en cuenta, que la legislación foral que analizamos cuenta con una particular institución, la troncalidad, cuya observancia es destacable en este aspecto, a pesar de que será objeto de análisis más adelante. En este aspecto, en caso de que la vivienda familiar fuera un bien raíz, de naturaleza troncal, por tanto, a pesar de que la Ley no dice expresamente si el derecho de habitación puede gravitar o no sobre la misma, afirma GALICIA AIZPURUA que se infiere del artículo 70.5 que esto será posible¹⁹.

3.5 Extinción de la legítima

Para concluir con este apartado relativo a la legítima, conviene distinguir las causas de extinción de esta, pues en este aspecto también existe una diferencia sustancial entre los regímenes sucesorios del presente análisis.

En la LDCV las causas de extinción son, salvo que el causante hubiera expresado lo contrario, tanto la separación por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, como el hacer vida marital o encontrarse ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona (art. 55 LDCV). Aquel cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho en que concurran estas causas perderá los derechos legitimarios, incluido el derecho de habitación. Sin embargo, el Código Civil sólo recoge como causa de extinción la separación judicial o de hecho (art. 834 CC); de modo que aquel cónyuge viudo que haga vida marital no carecerá de los derechos legitimarios.

¹⁹ *Ibidem*.

IV. INSTITUCIONES QUE MODIFICAN LA POSICIÓN DEL CÓNYUGEVIUDO: DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO CIVIL VASCO Y EL DERECHO COMÚN

A continuación, se abordarán algunos de los aspectos más esenciales en relación con la posición del cónyuge viudo, y profundizaremos en aquellos aspectos en los que más divergencia exista entre los regímenes jurídicos objeto de comparación.

4.1 Preterición

La preterición, entendida como la omisión del legitimario en la sucesión, sin que reciba atribución alguna en concepto de legítima (art. 814 CC), presenta una peculiaridad en la figura del cónyuge viudo.

La figura de la preterición entra en juego cuando el causante no deja a sus herederos forzosos lo que les corresponde por legítima. Se trata de un “olvido”, como lo define FERNÁNDEZ DOMINGO, que puede tener lugar en dos sentidos²⁰. Por un lado, el aspecto formal, que se refiere al nombramiento de un legitimario sin atribución de bienes. Y, por otro lado, el aspecto material, referido a la mención del legitimario al que no se le atribuyen suficientes bienes, de modo que no se le atribuye todo lo que le corresponde por la legítima.

En el Derecho Civil vasco, la preterición, sea intencional o no, equivale a apartamiento tácito tal y como se establece en el artículo 48.4 LDCV. Esta equiparación, es, en palabras de CELAYA, un modo de no entorpecer las operaciones particionales (las atribuciones sucesorias)²¹. La preterición del cónyuge viudo dará derecho a que reclame su usufructo

²⁰ FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. *Derecho de sucesiones*. Madrid: Ed. Reus, 2010, p. 135.

²¹ CELAYA IBARRA, A. *Derecho Civil Vasco*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1993, p. 172.

(art. 52 LDCV), pero para que tenga lugar la nulidad de las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial, debe de haber preterición de todos los herederos forzosos (art. 51.2 LDCV). Esto último también es de aplicación en el Derecho común, donde, además, se protege al cónyuge viudo, pues, en cualquier caso, la institución de heredero a su favor sólo se anulará si perjudicase a las legítimas, y al igual que el resto de los legitimarios podrá reclamar su legítima. Sin embargo, si éste hubiera recibido una donación en vida del causante, ésta se imputará a la legítima, de modo que, si fuera suficiente para cubrir la legítima, no podrá ejercitarse la acción de preterición; y si la cubriera parcialmente, el cónyuge viudo deberá ejercitar la acción de suplemento, como el resto de legitimarios²².

4.2 Desheredación

La desheredación es una disposición testamentaria regulada en el Código Civil en los artículos 848 y siguientes. En lo que respecta al derecho vasco, la Ley alude a esta posibilidad en los artículos 50 y 108.3 LDCV, pero no lo regula, por lo que se aplica el Código Civil como Derecho Supletorio.

Esta disposición testamentaria consiste, siguiendo a FERNÁNDEZ DOMINGO, en:

“la privación voluntaria por el testador de los derechos que corresponderían a uno o varios de los legitimarios, en virtud de causas tasadas, que se recogen en el Código Civil, y que han de expresarse de forma taxativa en el testamento”²³.

Por lo tanto, la desheredación sólo puede tener lugar por las causas citadas en la ley (art. 848 CC) y, además, debe hacerse en testamento expre-

²² LACALLE SERER, E. y SANMARTÍN ESCRICHE, F. *Protocolo sobre la preterición*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2012, Ref. *Tirant Online*: 2.347.885, p. 4.

²³ FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. *Derecho de...* *Op. cit.*, p. 139.

sando la causa legal en que se funde, sin que sea preciso relatar y detallar los hechos²⁴ y basta con que se indique una causa que se comprenda en alguna o varias de las legalmente tipificadas²⁵. Corresponde a los herederos del testador la prueba sobre la veracidad de la causa de desheredación si éste se negara (art. 850 CC). Estas causas son, además de las que se contienen en los artículos 852 a 855 del Código, las del artículo 756 CC que hace referencia a los supuestos de indignidad sucesoria. Cabe mencionar que, de acuerdo con FERNÁNDEZ DOMINGO²⁶ y en atención a lo que los Tribunales²⁷ vienen sosteniendo, es criterio aceptado universalmente el de que estas causas, debido a su carácter sancionador, “no pueden ser objeto de interpretación analógica ni extensiva”, debiendo interpretarse, por tanto, de manera restrictiva.

Dentro de las causas, las que son de interés en este análisis, están recogidas en el artículo 855, que hace referencia a las causas de desheredación del cónyuge, así como los apartados 2, 3, 5 y 6 del artículo 768.

El artículo 855 contempla tres causas. En primer lugar, el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales (art. 855.1^a). El Tribunal Supremo²⁸ señala que el hecho de que las relaciones del matrimonio no sean buenas no es relevante para incurrir en este primer supuesto; por el contrario, se viene admitiendo como causa la inasistencia al cónyuge

²⁴ SAP de Madrid 581/2009, de 17 de noviembre de 2009.

²⁵ La STS 881/2003, de 25 de septiembre de 2003, establece que de acuerdo con la jurisprudencia del TS: “La desheredada resulta perfectamente identificada, sin que sea preciso relatar y menos detallar los hechos que provocan la desheredación, presentándose la voluntad de desheredar como decidida y suficientemente patente, lo que aquí sucede (Sentencias de 4-11-1904, 6-12-1963, 24- 10-1972 y 15-6-1990)”.

²⁶ FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. *Derecho de... Op. cit.*, p. 139.

²⁷ STS 675/1993, de 28 de junio de 1993; STS 954/1997, de 4 de noviembre de 1997.

²⁸ STS 881/2003, de 25 de septiembre 2003.

en momentos graves como, por ejemplo, una enfermedad²⁹. En segundo lugar, las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad recogidas en el artículo 170 (art. 855.2^a), haber negado alimentos a hijos o al otro cónyuge (art. 855.3^a), o haber atentado contra la vida del cónyuge testador, salvo que hubiese mediado la reconciliación recogida en el artículo 856 C.c. (art. 855.4^a). En esta última causa, cabe añadir que en los supuestos de violencia doméstica el cónyuge que la haya sufrido está facultado para desheredar a quien la causó³⁰. En estos supuestos, por lo tanto, los heredados (desheredados ahora) perderán su derecho a la legítima cuando se trate de desheredación justa (art. 840 C.c.); en cambio, en la desheredación injusta del artículo 851 se establece que cuando la desheredación se haga sin expresión de causa, o por una causa cuya certeza no se probare, después de haber sido contradicha, o que no sea una de las señaladas en el propio Código “anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima” (art. 851 C.c.).

Cabe destacar una peculiaridad del derecho sucesorio vasco, en cuanto a la desheredación de los bienes troncales, pues ésta es sancionada con la anulabilidad por ser un acto en violación de la troncalidad (art. 69 LDCV). La troncalidad sólo se extingue cuando no haya parientes tronqueros (art. 68.3 y 111.2 LDCV). Por lo tanto, si sólo hubiera un pariente tronquero, imaginemos que es el cónyuge viudo; a pesar de que fuera desheredado, el viudo adquiriría el bien troncal³¹.

Finalmente, en relación con la desheredación, especial mención merece el apartamiento, por ser un instrumento que caracteriza al régimen

²⁹ STS 881/2003, de 25 de septiembre 2003; SAP de Madrid 581/2009, de 17 de noviembre.

³⁰ FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. *Derecho de...* *Op. cit.*, p. 142.

³¹ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y...”. *Op. cit.*, p. 431.

sucesorio vasco y lo distingue del derecho común³². Es el negocio jurídico potestativo de disposición sucesoria, *inter vivos* o *mortis causa*, por el que el causante altera el llamamiento legitimario previsto por la Ley, modificando el reparto de la sucesión forzosa³³. Mediante el mismo, por tanto, se dota al causante de mayor libertad de elección de heredero.

Así pues, el derecho vasco permite al otorgante de un testamento apartar de la herencia a algunos herederos forzosos. Ello, sin embargo, requiere que haya varios legitimarios en la línea recta descendente o varios parientes tronqueros que pertenezcan a la misma línea. Es por ello, por lo que dicho negocio jurídico no afecta al cónyuge, pues éste no podrá ser apartado por no haber otro legitimario de igual derecho (art.47 LDCV), como señala FERNÁNDEZ DE BILBAO³⁴. De este modo, parece que el Derecho Civil Vasco protege al cónyuge viudo limitando las posibilidades de privar a éste de sus derechos hereditarios y sólo possibilitando dicha privación en caso de que concurrieran las causas tasadas en la ley. En definitiva, al igual que en el régimen sucesorio común, el cónyuge podrá ser únicamente desheredado, sin que quepa lugar a su apartamiento.

4.3 Cautela Socini

El principio de intangibilidad³⁵ de la legítima encuentra una excepción en la institución de la cautela Socini, así como en la opción legal prevista en el artículo 820.3º del Código Civil, considerada “descendien-

³² Se trata de una potestad del causante que no se permite en el derecho común, donde sólo hay lugar a desheredación por causas tasadas tal y como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia 779/2017, de 15 de diciembre de 2017.

³³ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y...”. *Op. cit.*, p. 429.

³⁴ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y...”. *Op. cit.*, p. 429.

³⁵ La intangibilidad de la legítima se encuentra regulada en los artículos 813 C.c. y 56 de la LDCV, cuyos apartados segundos establecen una salvedad, situación en el que cabrá gravamen.

te directo” de la primera³⁶ y la norma legal que concede “patente eficacia y validez a la figura ex lege de la cautela Socini”³⁷.

La institución de la cautela Socini se manifiesta en aquellos supuestos en los que el causante atribuye en el testamento a los legitimarios más de lo que les corresponde por la legítima, pero con la contrapartida de gravar la herencia³⁸. Ésta requiere que dicha previsión haya sido expresamente hecha por el testador, a diferencia del artículo 820.3º CC. Se permite al legitimario optar entre recibir lo establecido en el testamento por el causante (con gravamen) o percibir la legítima estricta pero libre de gravamen que le corresponde por los artículos 834-838 del C.c. Sin embargo, el legitimario no podrá quedarse con la parte que más le convenga de cada una de ellas³⁹. El testador, por tanto, concede más a un determinado legitimario bajo la condición de que asuma el gravamen, es decir, que el legitimario no podrá quedarse con la legítima y el exceso atribuido eliminando el gravamen.

Esta figura es, de acuerdo con RAGEL SÁNCHEZ, admitida por la mayoría de la doctrina española y extranjera sobre la base de que la misma no infringe la legítima en tanto que el legitimario no está obligado a soportar el gravamen, y entendiendo que si opta por soportarlo es porque le conviene más que heredar simplemente lo que le corresponda por la legítima estricta. Así pues, al aceptar el gravamen, el legitimario respeta la voluntad del testador, principio que rige la sucesión *mortis causa*, mientras que al limitarse a aceptar la legítima libre de gravamen se acoge a la intangibilidad cualitativa de la legítima (art. 813.II C.c. y art. 56 LDCV)⁴⁰. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo 838/2013,

³⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *La Cautela galdense...* *Op. cit.*, p. 146.

³⁷ *Ibidem*. p. 147; CABEZUELO ARENAS, A. L. *Diversas formas de canalización...* *Op. cit.*, p. 131.

³⁸ CABEZUELO ARENAS, A. L. *Diversas formas de canalización...* *Op. cit.*, p. 145.

³⁹ *Ibidem*, p. 145-149.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 141-150.

de 10 de junio de 2014 señala que si bien “la cautela Socini goza de un cumplido reconocimiento en la práctica testamentaria que desarrolla el contenido dispositivo del testador, de suerte que su previsión no resulta extraña o inusual a la misma”, no puede ignorarse la polémica que esta figura suscita desde su creación en la doctrina científica por su posible ilicitud basada en el indebido gravamen de la legítima de los herederos que supone un *fraus legis*⁴¹. En cambio, ROCA SASTRE niega dicha afirmación, porque el causante no está obligado a darles a sus legitimarios más de lo que les corresponde por legítima, por lo que la cláusula faculta al legitimario a optar libremente entre las dos disposiciones testamentarias alternativas⁴². En esta misma línea, la STS 838/2013 establece que la cautela Socini no se trata de una condición ilícita que se imponga en fraude de ley sobre la legítima (art. 813 C.c.), ya que el legitimario está facultado para elegir libremente entre acatar lo establecido por el testador o contravenir lo establecido por este y solicitar su legítima estricta⁴³. Además, la jurisprudencia viene aplicando el principio *favor testamenti*,

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo 838/2013, de 10 de junio de 2014.

⁴² ROCA SASTRE, R. M. *Naturaleza jurídica de la legítima (Teoría de la “indebita pars valoris bonorum”)*. RDP, 1944, pp. 127 y 128, tomado de RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *La Cautela gualdense... Op. cit.*, p. 154.

⁴³ “Conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la cautela Socini, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación dispuesta (STS de 6 de mayo de 2013, núm. 280/2013) no constituye un *fraus legis* (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (813 del Código Civil), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, diferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima”.

en pro de conservar lo establecido en los testamentos⁴⁴. Aún con todo, la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS tampoco ha resuelto dicha polémica, “con pronunciamientos que han ido desde la admisión y validez de esta cautela hasta su inaplicación”⁴⁵. Se trata, en definitiva, de una cuestión controvertida.

El supuesto del cónyuge viudo merece especial atención. A pesar de la discrepancia que hay al respecto en la doctrina, a juicio de RAGEL SÁNCHEZ y GARCÍA PÉREZ, la legítima del viudo es usufructuaria mientras no se ejercite la facultad de conmutación⁴⁶. La conmutación es una facultad, y no una obligación. En consecuencia, es poco probable que resulte gravada, a su vez, en testamento, argumenta RAGEL SÁNCHEZ⁴⁷. Ello no implica que no se pueda gravar el usufructo (art. 508 CC⁴⁸). La doctrina, además extiende el supuesto, estimando que, aunque no se señale en el artículo 469 CC, “también cabe a tenor de las reglas generales que el constituyente imponga al usufructuario una carga o gravamen modal”⁴⁹.

⁴⁴ STS 30 de octubre de 2012, n.º. 624/2012; STS de 28 de junio de 2013, n.º 423/2013.

⁴⁵ “Desde la perspectiva casuística de las características del supuesto en cuestión, y centrada particularmente en torno al alcance del condicionante de la prohibición del recurso a la intervención judicial. SSTS 6 de mayo de 1953, 12 de diciembre de 1958, 8 de noviembre de 1967 y 8 de junio de 1999, entre otras”.

⁴⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *La Cautela galdense...* *Op. cit.*, p. 178; GARCÍA PÉREZ, R. *Reducción de disposiciones lesivas de la legítima viudal*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Madrid, 2003, p. 5271, tomado de RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *La Cautela galdense...* *Op. cit.*, p. 178.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 178.

⁴⁸ Posibilidad de que un usufructuario tenga que pagar el legado de renta vitalicia o de pensión de alimentos.

⁴⁹ FERNÁNDEZ COSTALES. *Las modalidades del usufructo sucesorio: consideraciones actuales sobre una modalidad histórica del usufructo legal*. Madrid, 1988, p.p 279 ss, tomado de RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *La Cautela galdense...* *Op. cit.*, p. 178.

Por consiguiente, si el testador asignare al viudo más de lo que le corresponde por su legítima, pero sometiéndola a gravamen, el cónyuge viudo podría optar también por percibir únicamente la cuota que le corresponde por su legítima libre de gravámenes, ya que el artículo 820.3º del Código concede a todos los legitimarios esta opción sin distinción entre categorías.

Nótese, que, a pesar de que, en el Derecho Civil Vasco, antes de la Ley 5/2015 se recurría a esta figura a fin de respetar la voluntad del causante que deseaba atribuir a su cónyuge el usufructo vitalicio y universal de su herencia; la actual Ley faculta al causante para disponer del usufructo universal de los bienes hereditarios a favor de su cónyuge, gravando así la legítima de los descendientes y el entero caudal relicto en su beneficio (art. 56.2 y 57 LDCV). Por ello, GALICIA AIZPURUA entiende que hoy resulta innecesario recurrir a la figura de la cautela Socini en el ámbito del Derecho Civil vasco⁵⁰. De modo que, como regla general, debemos interpretar, como señala GALICIA AIZPURUA, que el derecho de elección de los legitimarios (cautela socini) ha decaído, por lo que estos deben respetar la voluntad del causante de constituir usufructo universal a favor de su cónyuge, pues es su voluntad la que prima y no se produce, como sucede en el CC, colisión con las reglas de intangibilidad cualitativa y cuantitativa⁵¹. De este modo, en este régimen sucesorio no cabe la discusión doctrinal y jurisprudencial que respecto al Código Civil analizamos.

⁵⁰ GALICIA AIZPURUA, Gorka. “Últimas reformas y propuestas de reforma en derecho de sucesiones”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2018 parte Doctrina, Ref. *Aranzadi Instituciones*, BIB 2018\6533, p. 18.

⁵¹ *Ibidem*.

4.4 Conmutación

La legítima del cónyuge viudo está basada en un usufructo que puede ser capitalizado en bienes hereditarios⁵². En efecto, la conmutación es la institución que permite dicha capitalización y que, en cierta manera, excluye al cónyuge, heredero forzoso, de los bienes de la herencia.

Existen tres medios de conmutación mediante los cuales los herederos pueden satisfacer al cónyuge su parte de usufructo: asignación de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo. Estos vienen recogidos en el artículo 53 de la LDCV y 839 del CC, los cuales también establecen que la conmutación deberá hacerse “de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial”. En principio, ambas regulaciones parecen idénticas, incluso en su redacción.

En este sentido, en TS viene interpretando el artículo 839 de la siguiente forma:

“la opinión científica, en general, considera que la facultad de elegir una de estas formas expresadas en el artículo 839 corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testados o abintestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o, incluso, extraños al mismo, y tanto si dicha cuota viudal recaer sobre el tercio de mejora como en el de libre disposición, y desde esta óptica, en consonancia a que la mención de “herederos” se refiere sólo a los “afectados” por el usufructo de la viuda, a quienes compete la posibilidad de elegir entre las distintas opciones establecidas en el artículo 839, al tratarse de una carga sobre su porción hereditaria, es preciso entender que a ellos exclusivamente les está permitida la facultad de elección”⁵³.

⁵² LLEDÓ YAGUE, F. *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 672.

⁵³ STS n° 955/2000, de 25 de octubre del 2000.

Sin embargo, encontramos una distinción importante en tanto en cuanto el Código concede al cónyuge supérstite que concurre con los hijos sólo del causante (art. 840 C.c.), la facultad de exigir a éstos que su derecho de usufructo sea satisfecho a elección de los mismos, “asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditario”. Hasta el año 2005 el artículo 840 facultaba al cónyuge a exigir la conmutación cuando los hijos fueran sólo del cónyuge y concebidos constante el matrimonio de ambos, una cuestión que la doctrina venía interpretando de manera extensiva para permitir al cónyuge viudo solicitar la conmutación también cuando concurriera cualquier hijo no común, aun sin ser sólo de su consorte concebido durante el matrimonio de ambos, como podría ser el caso de los hijos del causante de un matrimonio anterior. Esta interpretación doctrinal será tenida en cuenta posteriormente, en la Ley 15/2005, de 18 de julio, mediante la cual se modifica, entre otros, el artículo mencionado.

No obstante, no ha dejado de ser una cuestión controvertida ya que, como señala FERNÁNDEZ CAMPOS, se trata de distinta forma la conmutación dependiendo de si los hijos son comunes o sólo del cónyuge fallecido. Por un lado, FERNÁNDEZ CAMPOS argumenta que tratándose de circunstancias distintas y dado que la relación del cónyuge viudo con los parientes referidos en el artículo 840 hace “especialmente incómoda la comunidad que el usufructo comporta”, parece no dar lugar a la discriminación del artículo 14 de la Constitución que no permite desigualdades por razón de filiación⁵⁴. Por otro lado, sin embargo, la doctrina considera que convendría ampliar esta facultad del cónyuge a otros casos “en atención a la propia *ratio* del precepto” que consiste en no obligar al cónyuge a mantener relaciones jurídicas duraderas con los hijos sólo del otro cónyuge⁵⁵. Parte de la doctrina señala que “si en el art. 839, junto con la lejana finalidad subjetiva prevalece su motivación obje-

⁵⁴ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. *El pago de...* *Op. cit.*, p. 94.

⁵⁵ *Ibidem*.

tiva de obviar desmembraciones antieconómicas del dominio, en el art. 840 el factor subjetivo pasa a ser predominante”⁵⁶. Otra parte de la doctrina, en cambio, entiende que ambos artículos tienen el mismo fundamento objetivo “ya que nadie desconoce los inconvenientes que heredar en nuda propiedad trae consigo, incluso aunque las relaciones entre el cónyuge viudo y los descendientes del causante, lo sean a la vez suyos o no, sean inmejorables”.

Aun con todo, la facultad de elegir el medio de conmutación es de los hijos, si bien es cierto que se limitan las opciones respecto del artículo 839, siendo sólo posibles la asignación de un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios. Este criterio del legislador está ligado con la finalidad de la conmutación del 840, ya que se limita a permitir solo aquellos medios que evitan las relaciones patrimoniales duraderas entre el cónyuge viudo y los hijos sólo del causante.

De la doble legitimación para instar la conmutación se deriva un conflicto que puede surgir cuando haya concurrencia de conmutaciones, esto es, cuando el cónyuge inste la conmutación (art. 840) y también lo hagan los hijos en concepto de herederos (art. 839). La doctrina se inclina por aplicar preferentemente la conmutación a instancia del cónyuge viudo, aunque FERNÁNDEZ CAMPOS se inclina por conjugar ambas intergrandolas. Ambas opciones nos llevan al mismo resultado.

Esta distinción entre hijos comunes y sólo del cónyuge, así como la doble legitimación para instar la conmutación del usufructo legitimario viudal, no se contempla en el derecho Civil Vasco, que contiene una única disposición que engloba a todos los herederos.

⁵⁶ REY PORTOLÉS, J. M. *Comentarios a vuela pluma de los artículos de derecho sucesorio (cuatro más) reformados por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial*. Revista crítica de derecho inmobiliario núm. 553, 1982, p. 1580, tomado de FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. *El pago de...* *Op. cit.*, pp. 94-95.

Por su parte, el Derecho Civil Vasco contiene otro supuesto de conmutación, ligado a la especial institución de su régimen, la troncalidad. Así, el artículo 70.6 de la LDCV establece que cuando el usufructo del cónyuge viudo recaiga sobre bienes troncales, los herederos estarán facultados para su conmutación, en cuyo caso el único medio de satisfacción será un capital en efectivo de su libre disposición.

A este respecto, GALICIA AIZPURUA considera que la facultad de conmutación del usufructo del viudo de la LDCV es susceptible de crítica puesto que es reiterativa. Su regulación en el artículo 53 respecto a los sucesores gravados con él se repite en el artículo 70.6 referido a la conmutación respecto de los bienes troncales, y además su coordinación es problemática ya que mientras el primer precepto contempla tres medios de conmutación, que son los mismos que los del artículo 839 del Código Civil, el 70.6 sólo se refiere a la conmutación mediante un capital en metálico⁵⁷. Bastaría, pues, con el primer precepto de acuerdo con GALICIA AIZPURUA.

En lo relativo al derecho de habitación que concede el Derecho Civil Vasco al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, debe señalarse que si el viudo no lo desea no será conmutable. Esto se deduce según FERNÁNDEZ DE BILBAO del silencio de los artículos 54 y 55 de la LDCV, de los artículos 529 y 513 del CC de aplicación supletoria así como de los fundamentos establecidos en el artículo 868 del CC en cuanto a la cosa legada sujeta a habitación, que sólo extinguirá legalmente debiendo ser respetado por el legatario hasta entonces⁵⁸.

En definitiva, la conmutación es una institución que normalmente perjudica al cónyuge en tanto que puede resultar insatisfactorio para éste. Salvo en contadas ocasiones, los herederos no estarán dispuestos a

⁵⁷ GALICIA AIZPURUA, G. “La sucesión forzosa...”. *Op. cit.*, p. 417.

⁵⁸ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El derecho de habitación...”. *Op. cit.*, p. 5.

otorgar al viudo más de lo que le corresponde por ley y el Juez tampoco puede aplicar más de lo que la ley permite tampoco. Lo que sucede con la conmutación, conforme con CABEZUELO ARENAS, es que cuando se capitaliza el usufructo, lo que en última instancia se pone a disposición del cónyuge viudo “puede consistir en una suma puramente simbólica y, desde luego, insuficiente en muchos casos para satisfacer sus necesidades”⁵⁹. Estos inconvenientes respecto de la posición del viudo pueden ser evitados si no hubiere más herederos forzosos, mediante la atribución de un usufructo universal con facultad de disposición o de un fideicomiso de residuo. En caso de que existieran más legitimarios, CABEZUELO ARENAS defiende la cautela Socini como mecanismo para conciliar los intereses del viudo y los del resto de legitimarios⁶⁰.

V. ESPECIALIDADES DEL DERECHO CIVIL VASCO Y SUS EFECTOS EN LA FIGURA DEL CÓNYUGE VIUDO

El Derecho Civil Vasco contiene una serie de instituciones cuya regulación no es una novedad de la LDCV. Por el contrario, son instituciones de larga tradición en el derecho privado vasco, que hoy en día mantienen su vigencia y diferencian el derecho privado del País Vasco del resto de regímenes sucesorios.

Las instituciones que a continuación vamos a analizar están inspiradas principalmente en el principio formalista, pues se exige la forma pública como requisito para la validez de los actos que a continuación vamos a analizar⁶¹.

⁵⁹ CABEZUELO ARENAS, A. L. *Diversas formas de...* *Op. cit.*, p. 14.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁶¹ URRUTIA BADIOLA, A. M. “La sucesión mortis causa en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”. En: Academia Vasca de Derecho. *El Derecho Civil*

5.1 Los pactos sucesorios

Es una forma de sucesión particular del Derecho Civil Vasco que persigue la conservación y transmisión íntegra del patrimonio familiar. Este negocio jurídico se considera la forma más antigua de sucesión, incluso previa al testamento, en palabras de CELAYA⁶². En el País Vasco su desarrollo es obra de la costumbre vizcaína, la cual encontraba su sustento en la amplia libertad que el Fuero reconocía en el texto de 1452, permitiendo que “cualquier home o mujer pueda dar, así en vida como en el artículo de la muerte, todos sus bienes mueble é raíces”⁶³.

La regulación de los pactos sucesorios tuvo lugar con la entrada en vigor de la Ley 3/1992, de 1 de julio. Esta incorporación de los pactos sucesorios al sistema civil no fue una forma de política legislativa innovadora del Parlamento vasco; en efecto, mediante dicha incorporación, dice MONASTERIO, se institucionalizó un instrumento de delación sucesoria muy radicado desde el pasado en el País Vasco, que es el claro ejemplo de la libertad civil regulada hoy en el artículo 4 de la LDCV, haciendo posible el grado de libertad máxima⁶⁴.

En el Derecho Civil Vasco la sucesión puede tener lugar antes de la muerte, con la muerte o después de la misma (arts. 17 LDCV). De tal modo, la sucesión puede ordenarse por pacto sucesorio *inter vivos*, testamento o pacto sucesorio *mortis causa* o poder sucesorio, sucesivamente

Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Vitoria-Gasteiz: Colección informes y documentos, Serie Maior, 2016, p. 314.

⁶² CELAYA IBARRA, A. *Derecho Civil...* Op. cit., p. 193.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ MONASTERIO AZPIRI, I. “Pactos sucesorios y sucesión intestada”. En: URRUTIA BADIOLA, A. M. (Coord.). *Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Ed. Dykinson, 2016, pp. 128-131.

(art. 18 LDCV). Los pactos sucesorios (artículos 100 a 1009 LDCV) son, por tanto, otro modo de delación voluntaria de la herencia distintos al testamento. Sin embargo, no son incompatibles, ya que se puede disponer de los bienes en parte por pacto sucesorio y en parte por testamento. En cualquier caso, el testamento no revoca el pacto sucesorio, pero este último sí deja sin valor aquel testamento que lo contradiga (art. 18.2 LDCV).

Si bien es cierto que el pacto sucesorio no es una opción sólo para los cónyuges, según MONASTERIO⁶⁵ un 80% de estos se realizan en escritura de capitulaciones matrimoniales, por lo que se trata de una institución a la que los cónyuges recurren para su beneficio.

A falta de definición en la Ley, LACRUZ define estos pactos como “aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante (instituyente) queda vinculada a otra voluntad (instituido o tercero), no pudiendo revocarse dicha disposición por acto unilateral del instituyente”⁶⁶. Mediante estos pactos, los otorgantes convienen transmitir los derechos y obligaciones de una persona a sus sucesores antes del fallecimiento del disponente (arts. 17.1 y 104 LDCV). Se trata, por consiguiente, de un acto bilateral irrevocable unilateralmente cuya celebración es *inter vivos*, pero de naturaleza *mortis causa*⁶⁷.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 74.

⁶⁶ LACRUZ citado en MONASTERIO ASPIRI, I. “De los pactos sucesorios. Disposiciones generales”. En: URRUTIA BADIOLA, A. M. (Coord.). *Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho Ed. Dykinson, 2016, p. 148.

⁶⁷ Afirma MONASTERIO ASPIRI, I. “De los pactos sucesorios. Disposiciones...”. *Op. cit.*, p. 149: “pactos sucesorios con eficacia de presente, su naturaleza *mortis causa* resulta incuestionable. Debemos tener presente que es en el momento de la muerte del instituyente, cuando los efectos producidos en vida quedan firmes, consolidados e inatacables. De forma añadida, los pactos sucesorios se conciertan en vida, encuadrables, por tanto, por su celebración en los actos *inter vivos*”.

Especial atención merece en relación con este negocio jurídico el Derecho común, pues a pesar de que sólo cabe, en principio, ordenar la sucesión por testamento, por regir el carácter personalísimo de la ordenación de la sucesión testamentaria (art. 670 C.c.) y no se permiten, por ende, este tipo de contratos⁶⁸ (art. 1.271 C.c.); la reforma del artículo 831 del Código ha abierto nuevas posibilidades en el Derecho común⁶⁹. Dichas posibilidades vienen de la mano de la introducción de la figura de la fiducia sucesoria, que, si bien no es una novedad en sí misma /en todo su, pues este artículo ya contenía, antes de la reforma, un carácter excepcional dentro del sistema del Código Civil; suponen una mayor excepción, si cabe⁷⁰.

La Ley 41/2003 modifica este artículo con el fin de introducir una figura que proteja el patrimonio de las personas con discapacidad (Exposición de Motivos). Sin embargo, a juicio de URRUTIA y MANZANO el legislador ha ido más allá, permitiendo la ampliación de facultades para los casos de diferencias patentes entre las situaciones de los herederos o la ampliación y prórroga de las facultades de administración para aquellos casos en los que el cónyuge viudo se encuentre en una situación de precariedad⁷¹. Para ello, se conceden al testador facultades a fin de que pueda conferir por testamento a su cónyuge “facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes”. Así pues, este artículo supone una excepción a la prohibición de

⁶⁸ Exposición de motivos IV. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

⁶⁹ Reforma introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria.

⁷⁰ URRUTIA BADIOLA, A. y MANZANO MALAXECHEVARRIA, J. R. “El nuevo artículo 831 del Código Civil y su repercusión en Bizkaia”. En: *El poder testatorio y el art. 831 CC*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Boletín *Jado*, Año II Número extraordinario I, 2004, pp. 46-47.

⁷¹ *Ibidem*.

los artículos 1.271 y 670 ya mencionados, así como la de encomendar a otro la facultad de mejorar (art. 830 C.c.) o la prohibición de que otra persona distinta del testador encomiende para después de su muerte la facultad de partición a otra persona que no sea coheredera (art. 1.057 C.c.).

Además, con el nuevo artículo 831, el legislador permite al testador delegar la facultad de distribución no sólo al cónyuge, sino que, de manera más amplia, a aquel con quien tenga descendencia en común, incluyendo, por ende, a la pareja de hecho registrada como tal, así como cualquier otra persona con la aquél hubiera tenido descendientes en común⁷². De esta manera, el artículo 831 del Código se acerca más a la regulación del Derecho Civil Vasco, cuya aplicación subjetiva comprende tanto al cónyuge como a la pareja de hecho.

Esta referencia al Derecho Común es relevante, por tanto, puesto que se aprecia una relación entre los pactos sucesorios del Derecho Civil Vasco y la fiducia regulada en la actual redacción del artículo 831 del Código Civil. Así pues, las facultades conferidas al cónyuge en ambas regulaciones son manifiestamente semejantes, pudiendo incluso afirmar, como URRUTIA y MANZANO, que el artículo 831 C.c. es el “más foral del Código Civil”⁷³.

5.2 El testamento mancomunado

El testamento mancomunado o de hermandad es otro instrumento para ordenar la sucesión en el País Vasco, regulado en los artículos 24 a 29 de la actual Ley. Se trata de una especialidad del Derecho Civil Vasco puesto que su otorgamiento está expresamente prohibido en el Derecho Común (art. 669 CC).

⁷² *Ibidem*, p. 52.

⁷³ *Ibidem*, p. 47.

Mediante este testamento dos personas disponen “en un único instrumento y para después su puerto de todos o parte de sus bienes” (art. 24 LDCV). También puede uno de los testadores designar comisario a la misma o a otra persona para ordenar la sucesión tras su muerte (art. 24.2 LDCV). El requisito fundamental para dicho testamento es, además del resto contemplados en el artículo mencionado, su otorgamiento ante notario.

Se trata de una práctica conyugal que, de acuerdo con GIL RODRÍGUEZ, tomó cuerpo en Bizkaia gracias al Fuero Viejo⁷⁴. Su esencia es “la vinculación que se establece ente las voluntades de los otorgantes” como expresó CELAYA IBARRA, que aseguraba también que se consistía en una forma de actuar normal de los matrimonios⁷⁵.

En definitiva, este es, en principio, un testamento arraigado en el País Vasco, y común hasta el momento entre cónyuges. Sin embargo, a pesar de que el legislador mantuvo esta posibilidad en la LDCV y de que es un instrumento que a priori favorece a los cónyuges, lo cierto es que su uso ha caído de manera considerable⁷⁶.

5.3 Alkar poderoso

El Derecho Civil Vasco cuenta con un instrumento para favorecer la posición del cónyuge viudo o como decía la antigua ley “crear un fuerte derecho de viudedad y atender a una adecuada organización de la fami-

⁷⁴ GIL RODRÍGUEZ, J. *El testamento mancomunado*. Ed. Aranzadi, 2011, Ref. *Aranzadi Instituciones*, BIB 2011\5620, p. 1.

⁷⁵ CELAYA IBARRA, A. *Derecho civil... Op. cit.*, p. 113.

⁷⁶ Para ampliar información puede analizarse el estudio de: Anexo 2; MARTÍNEZ DE BUTRÓN MARTÍNEZ, M. “De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad”. En: URRUTIA BADIOLA, A. M. (Coord.). *Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Ed. Dykinson, 2016, p. 63.

lia”⁷⁷. Nos referimos al testamento por comisario regulado en el artículo 31 de la LDCV, el cual, en una de sus modalidades, faculta a los cónyuges o miembros de una pareja de hecho a nombrarse recíprocamente comisarios. Si bien la actual Ley 5/2015 no recoge esta institución bajo este nombre, lo cierto es que es conocida como *alkar poderoso* debido a la denominación que la antigua Ley 3/1993 le atribuía en su artículo 33⁷⁸.

La sucesión por comisario que tratamos aquí se concreta en la sucesión ordenada por el cónyuge viudo en nombre del cónyuge fallecido, el cual le confirió un poder al primero. Este poder se integra, por un lado, por un poder sucesorio mediante el cual el comitente autoriza a su cónyuge viudo (comisario), para disponer de sus bienes tras su muerte (art. 30); y, por otro lado, el acto de atribución sucesoria por el cual el comitente otorga el comisario designado haciendo uso del poder (art. 18 y 43). Se distinguen, así, dos actos: de investidura y del ejercicio del poder. Su constitución puede ser anterior o posterior al matrimonio, pero se requiere que sea en capitulaciones matrimoniales, en el pacto regulador del régimen económico patrimonial o por pacto sucesorio, y siempre ante Notario (art. 31).

En definitiva, es una modalidad de sucesión *inter vivos* mediante la cual los cónyuges, al nombrarse comisarios recíprocamente, deciden que el fallecimiento de uno de ellos no dará lugar al reparto de la herencia⁷⁹, o

⁷⁷ Exposición de Motivos de la Ley 3/1992 de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

⁷⁸ Establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava n° 357/2016, de 16 de noviembre de 2016: “*Alkar podere osoa*, o en expresión del art. 33 de la recientemente derogada Ley 3/1992 (LPV 1992, 266), recogiendo una ancestral denominación, *alkar-poderoso*, que no obstante también se ha entendido de forma diversa como la situación del viudo con poder de disponer de la herencia del cónyuge premuerto, que la usufructúa y es representante de la misma”.

⁷⁹ “El derecho vizcaíno, y a partir de la Ley 5/2015 (LPV 2015, 220), el derecho vasco, permite a los cónyuges otorgarse recíprocamente (*alkar o elkar*), en capitulaciones o pacto

no al menos directamente ordenada por el fallecido, ya que será administrada por el cónyuge viudo, quien liquidará la herencia y repartirá el remanente, pudiendo incluso usufructuar y disponer de sus bienes; de modo que hasta que el cónyuge no haga uso de su poder, los que tuvieran un derecho a la sucesión estarán en situación de mera expectativa. Así pues, salvo que el testador disponga lo contrario, el cónyuge viudo designado comisario será administrador, representante y usufructuario del patrimonio hereditario, incluso después de que haya hecho uso de su poder (art. 41.3). Además, el cónyuge viudo actuará como representante del cónyuge fallecido, por cuenta de éste, ejercitando las obligaciones familiares y patrimoniales de manera indefinida o por los años que viva (art. 41.1).

Cabe matizar en cuanto a la extinción del poder sucesorio que, si bien el cónyuge viudo goza de un poder, en principio, por tiempo indefinido, el poder quedará extinguido cuando el cónyuge comisario contraiga matrimonio, lleve vida matrimonial de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo que el causante hubiera dispuesto expresamente lo contrario⁸⁰.

5.4 La troncalidad

A diferencia del régimen sucesorio para territorio común, en el ámbito sucesorio del Derecho Civil asco coexisten dos regímenes; por un lado, el troncal, y por otro, el legitimario. Del primero deriva el principio de troncalidad, mientras que del último el sistema de legítimas.

El Código Civil no hace alusión a la troncalidad, a pesar de que algunos autores sostienen que el artículo 811 alude a las relaciones troncales.

sucesorio, el más amplio poder (*potere osoa*) para disponer de la herencia del que primero fallezca”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava nº 357/2016, de 16 de noviembre de 2016.

⁸⁰ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y...”. *Op. cit.*, p. 79.

Sin embargo, esta institución es básica e incluso forma la esencia del Derecho foral de Bizkaia según SOLANO⁸¹.

Se trata de una conexión entre la propiedad y la familia, la cual impide al titular de determinados bienes, llamados bienes raíz, transmitirlos a extraños. Por tanto, estos bienes raíz deben mantenerse como patrimonio familiar, debiendo respetar para la forma de suceder de estos bienes lo predispuesto por la Ley.

Esta particular institución del Derecho Civil Vasco cobra especial relevancia en la presente comparación, puesto que ésta prevalece sobre la legítima tal y como se establece en el artículo 70 de LDCV. Así pues, si el tronquero es al mismo tiempo legitimario pueden darse dos supuestos: que los bienes troncales tengan un valor inferior al de la legítima o que, por el contrario, la cuantía de los bienes troncales exceda de la de la legítima. En el primero de los supuestos se compensará esa minusvalía mediante un suplemento de bienes no troncales; mientras que en el segundo supuesto el heredero tronquero adquiere la diferencia en tanto en cuanto ésta le corresponde por su derecho de troncalidad⁸². En cualquiera caso, por tanto, al tronquero se le imputarán a su legítima los bienes troncales que le hayan sido designados.

Cuando haya bienes troncales en la sucesión, el usufructo legal recaerá en última instancia sobre éstos (art. 70.3 LDCV).

Existe la posibilidad de que los bienes troncales tengan un valor inferior al de la legítima. Esto sucederá cuando el tronquero sea además legitimario. En este caso, el legitimario tendrá derecho a un suplemento con bienes no troncales. Además, si los bienes troncales excedieran de

⁸¹ SOLANO Y POLANCO, José. “Estudios Jurídicos del Fuero de Bizkaia”. En: CELAYA IBARRA, A. *Derecho Civil...* *Op. cit.*, p. 89.

⁸² CELAYA IBARRA, A. *Derecho civil...* *Op. cit.*, p. 89.

la cuantía de la legítima, el tronquero adquirirá la diferencia ya que por troncalidad el corresponde todo⁸³.

Si bien es cierto que, en general, la troncalidad es una institución que protege a los descendientes, la LDCV contiene un precepto en el que protege al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. Se trata del artículo 66 de la Ley que establece que respecto de aquellos bienes raíces que hayan sido adquiridos por los cónyuges durante la vigencia del matrimonio o por la pareja de hecho durante su vigencia, se considerarán tronqueros ambos miembros del matrimonio o pareja de hecho.

VI. CONCLUSIONES

Realizado el análisis de los diferentes instrumentos e instituciones con los que cuenta cada uno de los regímenes sucesorios, aquellos comunes a ambos, así como los especiales instrumentos del Derecho Civil vasco, observamos que entre estos dos regímenes existen diferencias sustanciales.

Por un lado, resulta esencial hacer referencia al ámbito subjetivo de las normas analizadas. El legislador vasco parece haberse adaptado a la realidad actual, incluyendo como beneficiario de los instrumentos analizados al miembro superviviente de la pareja de hecho inscrito. Novedad que, por el contrario, aun habiendo sido modificado en diversas ocasiones en los últimos años (20003, 2005 y 2015), no se ha producido en el Código Civil.

Por otro lado, en la configuración de la legítima cabe destacar dos diferencias. En primer lugar, respecto a la cuantía debemos diferenciar la cuota a la que tiene derecho el cónyuge mediante el derecho real de usufructo dependiendo de su concurrencia con otros legitimarios. Cuando el cónyuge concorra con descendientes le corresponde una

⁸³ *Ibidem.*

cuota más favorable en el Derecho Civil Vasco con $\frac{1}{2}$ de la herencia frente al tercio de mejora del Código Civil. Sin embargo, en su concurrencia con ascendientes resulta más favorable la regulación del CC con $\frac{1}{2}$ frente a los $\frac{2}{3}$ de la LDCV, puesto que mientras el Derecho Civil vasco no distingue entre ascendientes y extraños, el Código Civil sí lo hace. Esta distinción del CC resulta más favorecedora para el viudo. En segundo lugar, con la LDCV el legislador vasco introduce una novedad para la protección del cónyuge viudo, mediante la atribución de un derecho de habitación sobre la vivienda familiar, que no se contempla en la legislación del territorio común.

Además, en cuanto a las instituciones analizadas podemos afirmar que, exceptuando algunas diferencias y matices, las instituciones que ambos regímenes tienen en común son similares. Así podríamos mencionar como diferencias la facultad que se atribuye al cónyuge en el régimen sucesorio del territorio común de exigir la conmutación cuando se trate de hijos sólo del causante, facultad de la que no goza el viudo en el Derecho Civil Vasco; y la facultad que en la LDCV tiene el causante para disponer del usufructo universal de los bienes hereditarios haciendo innecesario recurrir a la cautela socini.

Finalmente, especial mención merecen algunas instituciones o figuras exclusivas del Derecho Civil Vasco. En primer lugar, los pactos sucesorios y el testamento mancomunado como práctica conyugal para la sucesión de la herencia de los cónyuges. En segundo lugar, el alkar-poderoso, institución que permite que el cónyuge comisario sea administrador, representante y usufructuario del patrimonio hereditario. Los pactos sucesorios, el testamento mancomunado, el alkar poderoso o la troncalidad, son instituciones que pretenden beneficiar al cónyuge viudo y compensar la situación de desventaja en que éste se encuentra después de la muerte del otro cónyuge. Se trata de un régimen sucesorio,

cuyas instituciones vienen desarrollándose durante siglos, basadas en el principio de libertad civil y protección de la familia, y creadas por costumbre. Algunas como los pactos sucesorios, a pesar de su antigüedad, resultan modernas. Prueba de la adecuación del Derecho Civil vasco a la realidad actual es el artículo 831 del Código Civil, inspirado en gran parte en la institución vasca, o el hecho de que algunos Proyecto de Código Civil hayan considerado incluir instrumentos como los pactos sucesorios o el testamento mancomunado.

En definitiva, podemos concluir que, a pesar de que existen ciertas similitudes, el Derecho Civil vasco otorga al cónyuge viudo una protección superior a aquella del Derecho común.

VII. BIBLIOGRAFÍA

7.1 Doctrina

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. *Diversas Formas de Canalización de la Cautela Socii*. Valencia: Ed. Tirant Monografías, 2002, pp. 12-150.

CELAYA IBARRA, Adrián. *Derecho civil vasco*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1993, pp. 89-193.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. *El pago de la legítima al cónyuge viudo*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2005, pp. 15-95.

FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio. *Derecho de Sucesiones*. Madrid: Ed. Reus, 2010, pp. 135-142.

FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho Civil Vasco”. En: *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz: Colección informes y documentos, Serie Maior, 2016, p. 429-447.

FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. “El derecho de habitación del viudo en Ley de Derecho Civil Vasco”. Bilbao. www.forulege.com 2016.

GALICIA AIZPURUA, G. “La sucesión forzosa: planteamiento general”. En: *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz: Colección informes y documentos, Serie Maior, 2016, p. 417.

GALICIA AIZPURUA, Gorka. “Últimas reformas y propuestas de reforma en derecho de sucesiones”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.3/2018 parte Doctrina, Ref. *Aranzadi Instituciones*, BIB 2018\6533, p. 18.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. *El testamento mancomunado*. Editorial Aranzadi, 2011, Ref. *Aranzadi Instituciones*, BIB 2011\5620, p. 1.

LACALLE SERER, Elena y SANMARTÍN ESCRICHE, Fernando. *Protocolo sobre la preterición*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2012, Ref. *Tirant Online*, TOL2.347.885, p. 4.

LLEDÓ YAGUE, Francisco. *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 672.

MARTÍNEZ DE BEDOYA BUXÉNS, Covadonga. *La situación del cónyuge viudo en el Derecho Civil Foral de Bizkaia*. Bilbao: Instituto de Estudios Vascos, Universidad de Deusto, 1998, p. 170.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María. *Avance de posición y rango del viudo y la pareja de hecho en la sucesión intestada vasca (Fusión de tradición y cambio social en la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco)*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho *Boletín JADO*. Año XIV. N° 27, Enero-Diciembre 2015-2016, p. 192.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *La Cautela galdense o Socini y el artículo 820.3.º del Código Civil*. Madrid: Ed. Dykinson, 2004, p. 141-178.

URRUTIA BADIOLA, A. “La sucesión *mortis causa* en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”. En: *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Ed. Dykinson, 2016, p. 329.

URRUTIA BADIOLA, Andrés María (Coord.). *Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Ed. Dykinson, 2016, p. 63-149.

URRUTIA BADIOLA, A. y MANZANO MALAXECHEVARRIA, J. R. “El nuevo artículo 831 del Código Civil y su repercusión en Bizkaia”. En: *El poder testatorio y el art. 831 CC*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Boletín *Jado*. Año II, número extraordinario I, 2004, pp. 46-52.

7.2 Doctrina jurisprudencial

a) Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2013, n.º. 423/2013. Ref. *Aranzadi Instituciones*, RJ 2013\8081.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014, n.º. 838/2013. Ref. *Tirant Online*, TOL4.374.204.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2012, n.º. 624/2012. Ref. *Aranzadi Instituciones*, RJ 2013\2274.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2003, n.º. 881/2003. Ref. *Aranzadi Instituciones*, RJ 2003\6442.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2000, n.º. 955/2000. Ref. *Tirant Online*, TOL2.671.778.

Sentencia del Tribunal Supremo 15 de febrero de 2001, n.º. 175/1996. Ref. *Tirant Online*, TOL4.964.708.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997, n.º. 954/1997. Ref. *Aranzadi Instituciones*, RJ 1997\7930.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1993, n.º. 675/1993. Ref. *Tirant Online*, TOL1.663.032.

b) *Audiencias Provinciales*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sec. 4ª, de 15 de diciembre de 2017, nº. 779/2017. Ref. *Tirant online*, TOL6.540.211.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, de 16 de noviembre de 2016, nº. 357/2016. Ref. *Aranzadi Instituciones*, AC 2016\2143.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 14ª, de 17 de noviembre de 2009, nº. 581/2009. Ref. *Aranzadi Instituciones*, AC 2010\32.

7.3 Legislación

Ley 3/1992 de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria.

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

VIII. ANEXOS

4.1 Tabla comparativa de la legítima del cónyuge viudo

TEMA	DERECHO CIVIL VASCO	DERECHO CIVIL COMÚN
Legislación	Ley 5/2015 de 25 de marzo de Derecho Civil Vasco	Código Civil
Última modificación	Octubre de 2015	Ley 15/2015, de 2 de julio 2015
Concepto: Legítima	<p>Artículo 48 LDCV:</p> <p>1. cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo.</p> <p>2. El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita.</p> <p>3. La omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito.</p>	<p>Artículo 806 CC:</p> <p>Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.</p>
Ámbito subjetivo	<p>Artículo 120 LDCV:</p> <p>Cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho</p>	<p>Artículo 968 CC:</p>

TEMA	DERECHO CIVIL VASCO	DERECHO CIVIL COMÚN
Derechos sucesorios del cónyuge viudo	<p>-Concurre en sucesión intestada con descendientes:</p> <p>Usufructo de la mitad de todos los bienes del causante</p> <p>/</p> <p>-Concurren con parientes que no sean descendientes o con extraños:</p> <p>Usufructo de herencia (Artículo 52 LDCV)</p> <p>/</p> <p>-Causante haya dispuesto a su favor el usufructo universal (Artículo 57 LDCV)</p> <p>+</p> <p>Derecho de habitación vitalicio de la vivienda conyugal. (Dº extingue por vida marital o hijo no matrimonial o nuevo matrimonio o pareja de hecho). (Artículo 54 LDCV)</p>	<p>-Concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora (artículo 834 CC)</p> <p>/</p> <p>-Concurren sólo ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (artículo 836 CC)</p> <p>/</p> <p>-No concurren ni descendientes ni ascendientes: usufructo de los dos tercios de la herencia (artículo 838 CC)</p>

TEMA	DERECHO CIVIL VASCO	DERECHO CIVIL COMÚN
Preterición	<p>Artículo 48.4 LDCV: La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento.</p> <p>Artículo 51 LDCV: Apartamiento y preterición de legitimarios.</p>	<p>Artículo 814 CC: La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.</p> <p>Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:</p> <p>1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.</p> <p>2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.</p> <p>Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.</p>

TEMA	DERECHO CIVIL VASCO	DERECHO CIVIL COMÚN
		<p>Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.</p> <p>A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.</p>
<p>Desheredación y/o apartamiento</p>	<p>Artículo 48.3 LDCV:</p> <p>La omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito.</p> <p>Artículos 50 y 108.3 LDCV: desheredación. Aplicación del Código Civil como Derecho supletorio.</p>	<p>Artículo 813 CC:</p> <p>El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.</p> <p>Artículo 855 CC:</p> <p>Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:</p> <p>1.º Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.</p> <p>2.º Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme el artículo 170.</p> <p>3.º Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.</p> <p>4.º Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.</p>

TEMA	DERECHO CIVIL VASCO	DERECHO CIVIL COMÚN
		Artículo 856. La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha.
Conmutación	<p>Artículo 53 LDCV</p> <p>- Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole:</p> <ul style="list-style-type: none"> ·Renta vitalicia ·Productos de determinados bienes ·Capital en efectivo <p>-Cómo: mutuo acuerdo o mandato judicial</p> <p>Artículo 70.6 LDCV:</p> <p>capital en metálico de su libre disposición (de los herederos, no cónyuge)</p>	<p>Artículo 839 CC</p> <p>-Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole:</p> <ul style="list-style-type: none"> ·Renta vitalicia ·Productos de determinados bienes ·Capital en efectivo <p>-Cómo: de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.</p> <p>Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge.</p> <p>+</p> <p>Artículo 840 CC</p> <p>Facultad del viudo de exigir la conmutación cuando concurra con hijos sólo del causante, que satisfagan su derecho a elección de éstos mediante capital en metálico o lote de bienes</p>

TEMA	DERECHO CIVIL VASCO	DERECHO CIVIL COMÚN
Otras instituciones	Otras posibilidades de otorgarle importantes poderes en virtud de decisiones voluntarias <i>mortis causa</i> (Se protege al cónyuge viudo): -Pactos sucesorios -Testamento mancomunado -Sucesión por comisario	-Artículo 831 CC Fiducia sucesoria.
Reserva lineal o troncal	118 LDCV El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiera adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano se halla obligado a reservar los que haya adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan.	811 CC El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

4.2 Recuento de Testamento Mancomunado Abierto (2010-2013)⁸⁴

ACTO JURÍDICO	COLEGIO	PROVINCIA	2010	2011	2012	2013
Testamento Mancomunado o de Hermandad Abierto	País Vasco	Bizkaia	34	38	41	44
	País Vasco	Gipuzkoa	11	10	9	4
	País Vasco	Álava	3	2	5	3

⁸⁴ URRUTIA BADIOLA, A. “La sucesión *mortis causa* en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”. En: *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, Ed. Dykinson S. L., 2016, p. 329.

Espainiar eskualde-arteko Zuzenbidearen berritze prozesuari buruzko hausnarketak: XXI. menderako erronka

UNAI BELINTXON MARTÍN

Nazioarteko Zuzenbide Pribatuko irakasle kontratatu doktorea
Nafarroako Unibertsitate Publikoan (NUP/UPNA)

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 6/07/2021

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 8/11/2021

Laburpena: Gure Estatuko sistema juridikoaren berezitasuna aztertzea eta kritikoki baloratzea da ondorengo gogoeta honen helburua. Sistema hori, hain zuzen ere, lege anitzeko antolamendu juridikoko taldean dago kokatuta, eta, bertan, lurraldeetako hainbat legegintza-sistema elkarrekin bizi dira, ondorioz, eskualde-arteko eta tokiarteko barne-gatazkak sortzen direlarik. Hain zuzen ere, XXI. mendean sistema bat ezarri behar den garaiko errealitate sozialera egokitzeko eskatzen duen ikuskera eta errealitate berezi horri aplikatu beharreko esparru juridiko arau-emaileari buruz hausnartu behar da, indarrean dauden arau konbentzionalak eta EBkoak etengabe aipatuz, eta egungo arau-blokeen etengabeko elkarreaginaren ondorioz, eskualde-arteko harreman juridikoen sorta horretan dagoen problematika beti ere ahaztu gabe.

Gako-hitzak: Europar Zuzenbidea, Eskualde-arteko sistema, nazioarteko Zuzenbide pribatua, Barne-legeen arteko gatazkak.

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

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

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

ISSN: 2173-9102 Boletín *JADO*. Bilbao. Año XVI. N° 29. Enero-Diciembre, 2019-2020-2021, pp. 65-105.
DL./L.G.: BI-1677-03 *JADO* Aldizkaria. Bilbo. XVI. urtea. 29 zk. 2019-2020-2021, Urtarrila-Abendua, 65-105 or.

Reflexiones en torno al proceso de renovación del marco plurilegislativo español. Un reto del siglo XXI

Resumen: Esta reflexión tiene por objeto el análisis y valoración crítica de la particularidad de nuestro sistema jurídico estatal ubicado en el grupo de los ordenamientos plurilegislativos en el que conviven y coexisten diferentes sistemas legislativos territoriales con los consecuentes conflictos internos de carácter interregional e interlocal. En efecto, cabe reflexionar sobre el marco jurídico normativo de aplicación a esta particular concepción y realidad que demanda en pleno siglo XXI de un sistema que se adecue a la realidad social del tiempo en el que debe aplicarse teniendo como constante referencia a las normas convencionales y de la UE en vigor, sin obviar la problemática que aflora en ese haz de relaciones jurídicas interregionales como consecuencia de la continua interacción de los bloques normativos presentes.

Palabras clave: Derecho europeo, Sistema interregional, Derecho internacional privado, conflictos de leyes internos.

Considerations about the renewal of the Spanish inter regional Law: a XXI century challenge

Abstract: This reflection aims at analyzing and critical assessment of the particularity of our state legal system. This system, framed in the multi-law legal organization group, coexists with several territorial legislative systems, giving rise to internal conflicts between regions and interlocal. In fact, it is necessary to reflect on the legal framework of application to this particular conception and reality that demands in the 21st century of a system that adapts to the social reality of the time in which it must be applied, having as constant reference to the conventional norms and of the EU in force, without ignoring the problematic that emerges in this beam of interregional legal relations as a consequence of the continuous interaction of the normative blocks present.

Key words: European law, Interregional system, Private international law, Conflicts of internal laws.

AURKIBIDEA: 1. ATARIKO GOGOETAK. 2. SISTEMEN BATASUNA EDO DUALTASUNA? BARNEKO ETA NAZIOARTEKO LEGEEN GATAZKEI BURUZKO HAINBAT GOGOETA. 3. XXI. MENDEA ETA ESKUALDE-ARTEKO ZUZENBIDEA. SISTEMARIK BA AL DAGO? 4. NAZIOARTEKO HITZARMENEN GATAZKA-SISTEMA. HAINBAT OHAR. 5. EBKO LEGEGILEAREN BARNE-LEGEEN GATAZKETARAKO IR-TENBIDEAK. JARRAITZEKO EREDUA? 6. BIBLIOGRAFIA.

1. ATARIKO GOGOETAK

Gure Estatuko sistema juridikoa antolamendu konplexuen edo anitzen multzoan kokatzen da. Antolamendu anitz horien ezaugarri dira lurraldeko zenbait lege-sistema elkarrekin bizitzea, baita eskualde arteko eta herri arteko barne-gatazkak ere izatea, guzti horiek, besteak beste, zuzenean ezkontza-krisien erregulazioan eragiten dietelarik¹. Zuzenbide pribatuaren diziplina berezi eta zirrargarri horri aplikatu beharreko lege-esparrua aztertzea gaur egun arau-konbentzionalak eta EBko arauak etengabe aipatzea exijitzen digu. Era berean, nazioarte mailan eskualdeen-arteko eta tokiarteko harreman juridikoetan agertzen den arazo zehatza identifikatu eta proiektatzen duen azterketa sakona egitea eskatzen du, presentzian dauden arau-blokeek (Europakoak, Estatukoak, autonomikoak, tokikoak eta nazioartekoak) etengabe eta elkarri eragiten baitiete².

¹ Errealitate juridiko honen inguruan, besteak beste: IRIARTE ÁNGEL, José Luis, «Propiedad y Derecho internacional», *Los conflictos internos en el sistema español*, Fundación registral (Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España), 2007, 133-163 orr.; ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. *Las normas de derecho interregional de la ley 3/1992 de 1 de julio, de derecho civil foral del país vasco*, Oñati, Herri Ardularitzaren Euskal Erakundea, 1995.

² Zentzu honetan ikus: GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego. «Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Materialisation des règles de Droit International Privé», *RdesC*, t. 287,

Aztergaiaren eta gogoetaren gaiari dagokionez Eskualde-arteko Zuzenbideak eta gure ordenamendu pribatuak onartzen dituzten hurbilpen ugariak, ezinbestean, alde aurretik zedarritzeko lana eskatzen dute, gure diziplinaren alderdi iuspribatistari erreparatuz, beti ere hurbildu beharko lirakeen beste batzuk ahaztu gabe, egungo nazioarteko Zuzenbide pribatuaren ezaugarrien arabera erantzun analitikoa eskaintzeko, sektore iradokitzailen batek karakterizatua³.

Gogoeta hauen bidez, zenbait gako aztertzeraz bideratuta, etorkizuneko ikuspegi bat eman nahi da. Gako horiek barne-gatazken espainiar barne-erregulazioa modernizatzea eta oraindik egiteko dagoen mekanismo arau-emaile bat sortzea (Espainiako eskualdeen-arteko benetako zuzenbide-sistema bat, alegia) ezinbestekoa dela erakusten dute. Hau da, testuinguru juridiko, ekonomiko eta global berri batean, egungo errealitateari egokiturik dagoen erantzun juridikoak eskaini ahal izateko benetako lege-tresna erabilgarri, beharrezko eta eraginkor bat eraikitzearen beharra agerian geratzen da. Zehazki, familia-eskubideari eta ezkontza-krisien erregulazioan, gaur egun Amsterdamgo Itunean⁴ jatorria duen Zuzenbide pribatuaren europeizazioak⁵ mugatutako nazioarteko unifor-

2002, 156-... orr.; ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención, Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Iruña, Aranzadi, 2011, 13-32 orr.

³ ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención, Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Iruña, Aranzadi, 2011, 13-32 orr.

⁴ Ikus: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. «El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea», *Anales de Derecho*, Murtzia, Murtziako Unibertsitatea, 21 zenb., 2003, 49-69 orr.

⁵ Zuzenbide pribatuaren europeizazio inguruan: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. «Integración Europea y Derecho Internacional Privado», *RDCE*, 2 bol., 1997, 413-445 orr.

metasun-prozesu baten barruan⁶. Prozesu hori Lisboako Ituna⁷ indarrean sartu ondoren finkatu eta indartu zen, eta prozesu horren dimentsio edo kanpo-proiektzio bat ere badu⁸. Horrek argi eta garbi erakusten du harreman mota horietan aplikagarri diren legedi ezberdinen arteko koexistenziaren ondorioz Europako lurraldean arazo berezi bat dagoela⁹.

Arau-agertoki horrek abiadura desberdinetan aurrera egiten du, harmonizazio gatazkatsua (askoz ere aurrerratuagoa) edo materialaren arabera, eta horrek zailtasun gehigarriak eragiten ditu, antolamendu juridiko nazional bakoitzean dauden arauen ordezkari edo ordezkari arauen inguruan akordio bat lortzea oso zaila baita¹⁰.

Espainiako Konstituzioa (EK) gure ordenamendu juridikoko esparru honen oinarritzeko araua da. Eskualde-arteko eta toki-arteko trafiko juridikoaren kasuak hartzen ditu aintzat, eta gaiaren arabera mugatuz gero, sektore jakin batzuetara bideratzen da, hala nola, familia-Zuzenbidea (ezkontza, ezkontza-krisia eta oinordetzak), ondare Zuzenbideko gai

⁶ IKUS BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. «La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Gasteiz, Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, 2002, 285-318 orr.

⁷ GUZMÁN ZAPATER, Mónica. «Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?», *La Ley*, 7479 zenb., 2010, 713-... orr.

⁸ BELINTXON MARTÍN, Unai. «La necesaria adecuación del Derecho Foral Navarro al proceso de europeización del Derecho internacional privado», *JADO: Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, 2015-2016, 14 urtea, 27 zenb., 65-91 orr.

⁹ Ildo honetan ikus, FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales», *RES*, 140 zenb., 2009, 600-... orr.

¹⁰ Europako Zuzenbide pribatuaren errealitate horri buruz, besteak beste: BELINTXON MARTÍN, Unai. *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Zizur Txikia, Aranzadi, 2015, 26-... orr.

batzuetara, eta ekonomia-Zuzenbide publikora¹¹. Hori esanda, Lisboako Itunak indartutako Europako azpistemaren eragina proiektatu eta garrantzi berezia hartzen du¹², bere jarduera materialaren eremua gure eskualdeen-arteke Zuzenbide-sisteman batera dauden erakunde zibil berezien esparru nagusira zabaltzen baitu.

Europako Zuzenbidearen oihartzuna eta protagonismoa agerian geratzen dira gure ordenamendu juridikoko iturri-sistemaren aldaketan. Sistema horrek Zuzenbide instituzionala barneratzen du, eta Europako integrazio-prozesuaren printzipioek zuzenean eragiten diete Europa barruko egoera eta harreman guztiei¹³. Europako erakundearen protagonismoa, eta, horri esker, gero eta gehiago zabaltzen ari den prozesua eta eskumen handiagoak eskatzeko joera nabari dira, ondare-Zuzenbide klasikotik kanpoko sektoreetan sartuz, pertsonaren Zuzenbide-eremuan besteak beste¹⁴.

¹¹ Ekonomia Zuzenbide publiko material arautzen duten ordenamendu estatal eta erkidegoetako arautegien arteko harreman konplexuen arloan, GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego, «El marco Constitucional de los conflictos internos en España», HOMMELHOFF, Peter; JAYME, Erik eta MANGOLD, Werner. *Europäischer Binnenmarkt IPR und Rechtsangleichung*, Heidelberg, Müller Jurist.Verlag, 1995, 7-34 orr. Azterlan horrek, ezbairik gabe, funtsezko gakoak eman zituen gai horri buruzko doktrina-garapenerako.

¹² Hala nola, ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. «La incidencia del Tratado de Amsterdam en el sistema español de Derecho interregional», *Anales de la Facultad de Derecho*, 18, 2001, 65-78 orr.

¹³ Zuzenbide pribatuaren europeizazioari eta integrazioarako nazioarteko Zuzenbidearen Europako eremuko bilakaera juridikoari dagokienez, ikus: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *Op. cit.*, 5. nota, 413-445 orr.

¹⁴ Horrela, besteak beste, Europako arau hauek ikus daitezke: Ezkontzaren eta gurasoen erantzukizunaren arloko ebazpen judizialen eskumenari, onarpenari eta betearazpenari buruzko 2003ko azaroaren 27ko Kontseiluaren 2201/2003 Erregelamendua (EE), maiatzaren 29ko 1347/2000 Erregelamendua (EE) indargabetzen duena. (DOUE, 2003ko abenduaren 23a, L 338/1); Elikagaien arloko betebeharren gaineko eskumenari, lege aplikagarriari, ebazpenak onartu eta betetzeari eta lankidetzari buruzko 2008ko abenduaren 18ko, Kontseiluaren, 4/2009 Erregelamendua (EE). (DOUE, 2009ko ur-

Gaur egun, erantzun kontraesankorrak edo dibergenteak ematen dituzten bi ordenamendu juridiko edo gehiago lotzen dituzten harreman juridikoen maiztasunak nazioarteko Zuzenbide pribatuaren izateko arrazoia zehazten du. Munduaren zatiketa politiko eta juridiko konplexuak eta nazioarteko Zuzenbide pribatuak erantzun nahi dien arazo zehatzak planteatzen dituzte, nazioarteko/heterogeneotasun elementuak sartzearen ondorioz kanpoko trafikoaren testuinguruan koka daitezkeen harreman pribatuen ugaritzeak¹⁵.

Hain zuzen ere, zentzu zabalean nazioartekotasun-/heterogeneotasun-elementu bat dagoela interpretatu behar da, ikuskera horren barruan sartu ahal izateko zenbait antolamendu juridiko Estatu berean egoteak eragindako egoera oro. Arau-iturri bateratuen aniztasun horrek aukera eman behar dio legegile nazionalari, autonomikoari, europarrari eta nazioartekoari araudia egiteko beste aukera batzuk aztertzeke, etorkizunean azterketa egiteko, eta, hartara, Zuzenbide pribatuaren sektore jakin horretan kodetze-ahalegin hori koordinatzen saiatzeak dakarren zeregin konplexua sinplifikatzeko.

tarrilaren 10a, L 7/1); Dibortzioari eta banantze judizialari aplikatu beharreko legearen esparruan lankidetzat indartua ezartzen duen 2010eko abenduaren 20ko Kontseiluaren, 1259/2010 Erregelamendua (EB). (DOUE, 2010eko abenduaren 29a, L 343/10); Eskumena, lege aplikagarria, ebazpenak onartu eta betearaztea, mortis causa oinordetzen arloko dokumentu publikoak onartu eta betearaztea eta Europako oinordekotza-ziurtagiria sortzeari buruzko 2012ko uztailaren 4ko Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 650/2012 Legea (EB). (DOUE, 2012ko uztailaren 27a, L 201/107).

¹⁵ Barneko edo juridikoki homogeneoak diren egoeren eta juridikoki heterogeneoak diren edo kanpoko trafikoaren egoeren arteko bereizketari buruz, ikus: GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego. *Derecho Internacional Privado. Introducción*, Madril, Universidad Autónoma (Xerocopia), 1984, 11 orr.

2. SISTEMEN BATASUNA EDO DUALTASUNA? BARNEKO ETA NAZIOARTEKO LEGEEN GATAZKEI BURUZKO HAINBAT GOGOETA

Espainiako Konstituzioa eskualdeen-arteko espainiar Zuzenbidearen sisteman kontuan hartu beharreko arau-erreferentea dugu. Konstituzioko manuek nazioarteko Zuzenbide pribatuaren espainiar sistemaren eraketan duten garrantzia bere nagusitasun hierarkiko eta operatiboak adierazten du. Kontuan izan behar da, alde batetik, legeria zibilaren arloan Estatuaren eta Autonomia Erkidegoen arteko eskumen-banaketari eta mugaketari dagokionez eragin osoa duela, eta, bestetik, Espainiako nazioarteko Zuzenbide pribatuko sistemaren arauak eta edukia osatzen dituzten balio juridikoak dituela¹⁶.

Espainiako Konstituzioaren 149.1.8 artikulua, alde batetik, gure ordenamendu juridikoan dauden Zuzenbide zibil foralen edo berezien aniztasuna bermatzen du, eta, bestetik, Autonomia Erkidegoen eta Estatuaren eskumen arauemaileen esparruak mugatzen ditu¹⁷. Izan ere, aipatu konstituzio-aginduan jasotako klausulak autonomia-erkidegoen autonomia politikoaren bidez foraltasun zibila bermatzen du.

Hain zuzen, Estatuak lege-gatazkak ebazten dituzten arauak emateko duen eskumen-erreserba Espainian batera dauden eskubide zibilen aplikazio harmoniko uniforme eta berdintasunezkoa bermatzeko beharraren ondorio da¹⁸.

¹⁶ ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. «La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Gasteiz, Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, 1997, 289-... orr.

¹⁷ Parlamentu autonomikoen Zuzenbide zibila lantzeko dituzten eskumenei buruz, besteak beste, honako hau ikus daiteke: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz. «Competencias de los Parlamentos Autónomos en la elaboración del Derecho del Derecho civil: Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución», ADC, IV, 1986, 1141 orr.

¹⁸ Espainian aldi berean dauden antolamendu zibilen arteko berdintasuna bermatzeko muga eta urriaren 15eko 11/1990 Legearen inguruan, ikus: IRIARTE ÁNGEL, José Luis, «La Ley 11/1990 y su incidencia discriminatoria en el régimen de vecindad civil y en los

149.1.8. Konstituzio-aginduak doktrina-interpretazio dibergenteak eragin ditu arau orokor batez osatutako arau konplexu gisa kalifikatzeari dagokionez, arau orokor horren salbuespen bat, eta, azkenik, salbuespenaren salbuespen batzuek osatutako arau konplexu gisa kalifikatzeari dagokionez. Konplexutasun horrek interpretazio eta zehaztaperen zehatza eskatu du, besteak beste, “*non dauden*” (*allí donde existan*)¹⁹ terminoaren inguruan Zuzenbide zibil forala edo bereziei dagokienez²⁰, eskubide horien *garapenaren* nozioaren irismena²¹, eta parekotasun edo berdintasun maila foru-eskubide zibilen eta horien eta Zuzenbide erkidearen artean²².

conflictos de leyes internos”, CHURRUCA, J., eta GONZÁLEZ, M. (Ed.). *Jornadas Internacionales sobre Instituciones Civiles Váscas*, Bilbo, 1991, 419-425 orr.

¹⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. «Notas para la interpretación del inciso “Allí donde existan” del artículo 159.1.8 de la Constitución Española», *I Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho Civil*, Oñati, 1983, 239 orr.

²⁰ Termino honen inguruan, besteak beste, STC 121/1992, irailaren 28ko sententziaren lehen oinarri juridikoan honela dio: [...] *El amplio enunciado de esta última salvedad («Derechos civiles forales o especiales») permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución [...]*. (RTC/1992/121). Aranzadi.

²¹ STC 88/1993, 1993ko martxoaren 12a, RTC/1993/88. Aranzadi.

²² STC 226/1993, 1993ko uztailearen 8a, bigarren oinarri juridikoak honela dio: [...] *que la Constitución –su art. 149.1.8, específicamente– viene sólo a posibilitar una posición de paridad, si así quiere decirse, entre los Derechos especiales o forales, y entre ellos y el Derecho Civil general o común, por vía de la atribución en exclusiva al Estado de la competencia sobre las «normas para resolver los conflictos de leyes», competencia que en principio asegura –como hemos dicho en la reciente STC 156/1993 (RTC 1993\156)– «un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles» (fundamento jurídico 3.º). Tan sólo en estos términos, y con las reservas dichas y las salvedades que se harán, cabría hablar de paridad entre ordenamientos civiles, paridad resultante, en definitiva, de la uniformidad de régimen en materia de Derecho interregional privado que la Constitución inequívocamente dispuso.* (RTC\1993\226). Aranzadi.

Europako erakundeek bultzatutako araugintza-harmonizazioari dagokionez²³, barne-Zuzenbidea bateratzeko prozesu baten beharraz eta eskualde-arteko Espainiako Zuzenbidearen sistemaren aldaketaz hausnartu behar da. Kontuan izan behar da EBren integrazio politiko, ekonomiko, sozial eta juridiko handiagoak, neurri handiagoan edo txikiagoan, bertan dauden ordenamendu juridikoen hurbilketa dakarrela. Horrek ez du esan nahi, nahitaez, berezko tradizio juridikoak dituen sistema juridiko bat baino gehiago dituen estatu batek horri uko egin behar dionik. Hala ere, Europa eraikitzekeo prozesuaren esparruan, zalantzan jarri behar da lege-aniztasuna mugaz gaindiko harremanetarako oztopoa ote den.

Nazioarteko Zuzenbide pribatuko espainiar sistema artikulatzeko egiturak, dimentsioak edo mailak direla eta, legegileek (autonomikoak eta estatukoak) ulermen-maila bat izatea exijitzen dute, errealitate bereziak (barneko edo eskualde-arteko gatazkak, Europa barruko gatazkak eta Europaz kanpoko gatazkak) adierazten dituzten gatazkak direla eta, erantzun juridikoa egokia²⁴ eta eraginkorra izan dadin²⁵.

Gainera, azpimarratu beharra dago Europako legegilea, arau-prozesu bateratzaile horretan, gizarte bakoitzaren eta ordenamendu bakoitzaren tradizioari eta legezko kulturari bereziki lotutako gai klasikoei heltzen

²³ Europako Zuzenbide erkide pribatu baten tratamenduari buruz, bereziki hura lortzeko aurkeztu behar diren baldintzei buruz, ikus daiteke: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Derecho internacional privado y Derecho comunitario», RIE, bol. 17, 1990, 785-824 orr.

²⁴ Besteen artean ikus, IRIARTE ÁNGEL, José Luis. «La armonización del Derecho internacional privado por la Unión Europea», *Jado: Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, 9 zenb., 2006, 47-73 orr.

²⁵ Besteak beste, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. «Remisión a un sistema plurilegislativo. El ejemplo español y algunas tareas por resolver. El ejemplo español y algunas tareas por resolver», *Le Droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*, Paris/Madril, LGDJ/Iprolex, 2018, 64-84 orr.; ARENAS GARCÍA, Rafael, «Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea», AEDIPr, X, 2010, 547-593 orr.

hasi dela, hala nola familia-Zuzenbideari eta oinordetza-Zuzenbideari, ondare-Zuzenbidetik eta obligazio-Zuzenbidetik urrunduz, eta ezkontzaren araubide ekonomikoarekin lotutako gaiak arautzen ditu²⁶. Bataretze-prozesuaren luzeraren justifikazioa Europako barne-merkatuaren irekierarekin zerikusia duten arrazoiei dagokie; izan ere, gaur egun, nahiko erraz lekualdatzen dira langileak eta haien familiak Europan, non, teoriarik behintzat, langileen joan-etorri askea bermatzen baita.

Hain zuzen, Europako Zuzenbidearen joeraren helburua da barne-gatazken eta nazioarteko gatazken hurbilketa eta identifikazio handiagoa lortzea, oztupo nazionalak²⁷, askatasun-, segurtasun- eta justizia-eremua²⁸, eta pertsonen, merkantzien, zerbitzuen eta kapitalen zirkulazio askerako bermeak kentzearen ondorioz²⁹. Kontuan izan behar da Tampereko Kontseilu Europarrean askatasun-, segurtasun- eta justizia-esparru³⁰ bat lortu eta lortzeko hartu ziren ondorio garrantzitsuenetarikoa bat

²⁶ Kontuan izan behar da ezkontzako erregimen ekonomikoa eta oinordekotzak direla foru-ordenamenduetarako edo ordenamendu berezietarako gai nagusietako bi, eta eztabaida eta kezka gehien sortzen dituztela Zuzenbidearen esparru praktikoan, besteak beste, gai honen inguruan: GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis, eta RAJOY BREY, Enrique. *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho Común, Foral y Especial*, Zizur Txikia, Aranzadi, 2008.

²⁷ Nazioarteko merkataritza baldintzatzen duten oztupo nazionalak ezabatzeari eta jarduera komertzialeko nazionalitatearen araberako bereizkeriari dagokionez, ikus daiteke FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Sistema de Derecho económico internacional*, Zizur Txikia, Thomson Civitas, 2010, 55-... orr.

²⁸ Ikus: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «El Espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea», *La Ley*, D-195, 2004, 16 orr.

²⁹ Europar Batasunaren Funtzionamenduari buruzko Tratatuan (TFUE) jasotako bermeak, 2007ko Lisboako Itunak finkatu eta bultzatuak: salgaien zirkulazio librea (28 eta 29 artikulua), eta pertsonen, zerbitzuen, kapitalen eta kokatzeko askatasunen zirkulazio librea (45-66 artikulua).

³⁰ TFUE 67. art.: (TCE 61. art. eta TUE 29. art. zaharrak): 1) *La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros.* 2) *Garantizará la ausencia de controles*

hauxe zela: benetako Europako Justizia Esparru batean, ez da beharrezkoa estatu kideetako sistema juridiko eta administratiboen bateraezintasunak edo konplexutasunak pertsoneri eta enpresei beren eskubideak edo eskubideak egikaritzea eragozte³¹.

Hori esanda, nahiz eta gure gatazka-sistemak bi ezaugarri nagusi dituen: nazioarteko gatazkak zein barne-gatazkak arautzea. Gaur egun, Lisboako Tratatu indarrean sartu ondoren EBk sektore jakin batzuetan duen arautegi-eferbeszentzia dela eta, sistema dual batera jo dugu, nazioarteko gatazketan aplika daitezkeen arau gatazkatsuen eta barne-gatazketan aplika daitezkeen arau nazionalen arteko bereizketa garbiarekin.

Atariko Tituluaren IV. kapituluko arauak gatazka-arauaren ikuspegi klasikoa islatzen dute, eta horietako asko zaharkitu egin dira, berrikuspene sakona egitea ezinbestekoa bilakaturik. Beste arau-multzoetan gero eta nazioarteko Hitzarmen eta Europako Erregelamendu gehiago daude. Horiek egungo ikuskeretan eta irtenbide tekniko egokietan oinarritzen dira, joera modernoerantzuz dieten arauak barneratuz, eta gure diziplinak berezko dituen malgutasun, materializazio eta espezializazio fenomenoarekin bat eginez.

de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países. 3) La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales. 4) La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.

³¹ Askatasun-, segurtasun- eta justizia-eremu bat pixkanaka ezartzeko beharrari dagokionez, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. «La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam», REDI, bol. L, 1 zenb., 1998, 373-376 orr.

3. XXI. MENDEA ETA ESKUALDE-ARTEKO ZUZENBIDEA. SISTEMARIK BA AL DAGO?

Nazioarteko Zuzenbide pribatuaren espainiar sistemak barne-lege-diaren aniztasunaren aurrean dituen gabeziei esker³², barne-gatazkak ebazten dituen eskualde-arteke Zuzenbide-sistemarik ez dagoela esan daiteke³³. Lege anitzeko sistema batean, Espainia kasu, eragile juridikoei Espainiako ordenamendu juridikoan dauden eskubide zibiletatik zein aplikatu daitekeen mugatu edo zehaztea ahalbidetzen dieten mekanismo juridikoak izatea beharrezkoa da.

Konstituzioa eskualdeen-arteke Zuzenbideko Estatu-sistema uniforme bat aukeratzeko orduan argia da. Gatazkak konpontzeko sistemaren unitate hori, sistemaren beste egitura-printzipio batzuekin batera (adibidez, batera dauden zenbait antolamendu zibilen arteko berdintasuna edo parekotasuna), Zuzenbide pribatuko arazoan esparruan eragina duena, Konstituzio Auzitegiak etengabe interpretatu du, eta oinarritzko parametro edo irizpide hermeneutiko batzuk ezarri ditu Estatuko legegilearen mugak zehazteko eta hark barne-gatazka horiek konpontzeko duen ahalmenaz baliatuz haren diskrezionaltasun-maila zehazteko³⁴.

³² Gai honen inguruan, besteen artean honakoak ikus ditzazkegu: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, *Conflicto Legum*, 2007, 79-133 orr.; ARCE JANARIZ, Alberto. *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madril, Civitas, 1987, 58- orr.; FONT I SEGURA, Albert. *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho Interregional*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2007, 61-... orr.

³³ Eskualde-arteke Zuzenbidearen beharrezko erreformaz eta esparru horretan lege berezi bat aldarrikatzearen inguruan, besteen artean: BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. «El derecho interregional: realidades y perspectivas», Florensa i Tomàs, C.E. (Zuzen.) eta Fontanellas Morell, J.M. (Koord.). *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madril, Marcial Pons, 2015, 553-574 orr.

³⁴ Espainiako ordenamendu juridikoko eskubideen aniztasunari buruz, besteak beste, honako hau ikus daiteke: ARENAS GARCÍA, Rafael. “La pluralidad de Derechos y unidad

Alegia, eskualde-arteko Zuzenbideari buruzko lege berezirik ez badago, gure sistema Kode Zibileko 16.³⁵ artikuluko horren inguruan oinarritzen da. Artikuluko honen oinarritzko ildoak nazioarteko Zuzenbide pribatuko arauetara jotzeko printzipioaren arabera artikulatzen dira (salbuespen ñabardurekin), eta auzotasun zibila antolamendu zibiletara eta lotura-puntu bakarrera lotzeko irizpide gisa finkatzen du. Ondorioz, auzotasun zibila oinarritzko elementua da eskualde-arteko lege ezberdinen arteko gatazkak konpontzeko, lotura-printzipio orokor gisa eta ordenamendu zibil zehatz bati lotzeko teknika gisa.

Oraindik ere ez dugu aurreikus daitekeen erantzuna ematea ahalbidetzen duen³⁶ eta, honela, segurtasun juridiko eza eta barne-gatazka arautzaile/ eskumenezko horien judizializazioak dakarren ezegonkortasuna saihesten duen benetako eskualde-arteko Zuzenbide-sistematik. Zalantzarik gabe, Europako Estatu Batuen proiektu zaharraren integrazio politikoa, soziala, ekonomikoa eta juridikoa zenbat eta handiagoa izan, ezjakintasuna areagotuko da³⁷. Gainera, kontuan hartu behar da aplikagarri den legearen dimentsioa auzitan jartzen duen kasu gatazkatsu baten nazioartekotasun-notak espainiar sistemaren ikuspuntutik barne-aniztasuna ezabatzen ez duela, Espainiako eskubide zibil guztietatik zein aplikatu behar den zehaztea ez baita soilik

de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español», FONT I SEGURA, A. (Ed.). *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Bartzelona, Bosch Atelier, 2011, 51-79 orr.

³⁵ ZABALO ESCUDERO, M^a Elena. «Artículo 16.1», ALBALADEJO, S. eta DÍAZ ALABART (Zuzen.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2. ed., Madril, EDERSA, I, 2 bol., 1995, 1265-... orr.

³⁶ Erreformaren eta eskualde-arteko benetako Zuzenbide-sistemaren erreklamazio inguruan, ikus: GINEBRA MOLLINS, María Esperança. «El veíntage civil: regulació, reforma i alternatives com a punt de connexió», FONT I SEGURA, A. (Ed.), *La inaplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Bartzelona, Atelier, 31-50 orr.

³⁷ BELINTXON MARTIN, Unai. «Dumping social, desarmonización socio-laboral y Derecho internacional privado. La des-unió europea», AEDIPr, XVI, 2016, 611-642 orr.

eskualde-arteko kasuetan planteatzen den kontua, alegia, gero eta maizago nazioarteko edo Europa barruko kasuetan ere ematen ari da³⁸.

Izan ere, errealitate hori etorkizuneko azterketa juridikoa ahalbidetzen duen azterketa sakona egitea exijitzen du, barne-gatazken espainiar sistema modu serio eta zehatzean erreformatzeko eta modernizatzeko, Espainiako eskubide pribatuen aniztasuna Europako Zuzenbidean gero eta eragin handiagoarekin uztartu ahal izateko³⁹. Gaur egungo konstituzio-esparruan, Estatuari dagokio, ezbairik gabe, legeen arteko gatazkek ebazteko arauak ematea. Hala ere, nahiz eta araugintza-lan hori Estatuako legegileari dagokion, honek jarduteko jarrierarik ez duela izan agerikoa da, edo are larriagoa, eskualdeen arteko Zuzenbideko benetako Espainiako sistema aldatu, egokitu, berritu edo sortzeko interes eza izan du. Horri esker, Autonomia Erkidegoetako legegileek eragin handiagoa izan dute, edo, are gehiago, protagonismo handiagoa izan dute; izan ere, horiek, modu bizi eta progresiboan, beren ordenamendu juridikoak osatu eta gizarte-errealitate aldakor eta konplexu horretara egokitu dituzte (hau da, Autonomia Erkidegoetako eskubide zibilak), beti ere, testuinguruari erantzuten dieten erantzun juridiko-arau-emaileak, aurrekari historikoak eta legegintzakoak, eta horiek aplikatu behar diren garaiko errealitate soziala kontuan hartuz. Horren ondorioz, etengabeko tentsioa sortu da Konstituzioaren printzipioen eta eskubide zibil bereziak aldatu eta garaietara egokitzeko beharraren artean. Egoera hori are konplexuagoa da, Europako legegileak, ordenamendu juridiko bat baino gehiago

³⁸ Gai horri buruz: FONT I SEGURA, Albert. «La pluralidad interna visita el reino del Derecho internacional privado. Comentario a la Resolución de la Dirección General de Dret i Entitas Jurídiques de 18 de septiembre de 2006», *In Dret*, 2007, 2 zenb., 3-5 orr.

³⁹ Espainiako eskualdeen arteko Zuzenbide-sistemaren beharrezko arazketari buruz, ikus: Garau Juaneda, Luis. «La necesaria depuración del Derecho interregional español», FONT I SEGURA, A. (Ed.). *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier, 95-99 orr.

дутен Estatuei dagokienez, gai horri buruzko aurreikuspenak sartu baititu Europako arau askotan.

Azken finean, Atariko Tituluaren IV. kapitulua modernizatu, barne-legeen gatazkei buruzko Lege Berezi bat sortu, edo nazioarteko hitzarmenetan⁴⁰ edota Europako araudietan jasotako irtenbideak barne-sisteman eta orokorrean sartzeko beharra aztertu behar da⁴¹.

4. NAZIOARTEKO HITZARMENEN GATAZKA-SISTEMA. HAINBAT OHAR

Erabilitako igorpen-sistemak edo -ereduak, eta Hayako Hitzarmeneko batzuek eskaintzen dituzten lege anitzeko antolamenduei buruzko irtenbideak aztertzea bereziki garrantzitsua da gure gatazka-sisteman erreferentzia gisa sartu ostean⁴². Soilik gai jakin batzuei buruzko gatazka-arauei irtenbide partziala proiektatu da, eta barne-erreformaren ondoren ez da lege-koherenziaren irizpiderik sortu.

Honela, Hayako Hitzarmenek, arloen arabera, zuzenean edo zeharka lege anitzeko ordenamenduetara igortzeko sistema aukeratu dutela ohar-

⁴⁰ Uztailaren 28ko 26/2015 Legeak eraldaturiko 9.4, 9.6 eta 9.7 artikulua ikus itzazu. 9.7 artikuluari dagokionean, lehiari, lege aplikagarriari, ebazpenak onartu eta betearazteari eta elikagaien betebeharen arloko lankidetzari buruzko 4/2009 (EB) Erregelamenduko 15. artikulua kontuan izan behar da.

⁴¹ Adibidez, Erresuma Batua *The Contracts (Applicable Law) Act 1990* 2(3) saila, kontratu-betebeharrei, barne-gatazkei aplikatu beharreko legeri buruzko 1980ko ekainaren 19ko Erromako Hitzarmena hedatuz. Arauaren testua ikusgai: PLENDER, R., WILDERSPIN, M. *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, 2. ed., Londres, 2001, 251-... orr.

⁴² Gai honen inguruan beste autoreen artean: Zabalo Escudero, M^a Elena, «El sistema español de Derecho interregional», FONT I SEGURA, A. (Ed.). *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Bartzelona, Bosch Atelier, 2011, 17-30 orr.

tarazi behar da, eta horrek aukera ematen digu jarraitutako sistema ez uniformetzat jotzeko. Izan ere, hitzarmen ezberdinetan erabiltzen den bidalketa-teknikak, lehen begira batetan, badirudi materia blokeen arteko bereizketa argi eta garbi islatzen dituela. Bereziki, gai hauek arautzen dituzten nazioarteko tresnetarako zuzeneko igorpen-sistema bat erabiltzen dela, hala nola: errepideko zirkulazio-istripuak⁴³; produktuen erantzukizuna⁴⁴; bitartekarien eta ordezkariaren kontratuak⁴⁵; trust eta haien onarpena⁴⁶; salgaien nazioarteko salerosketa⁴⁷; haurraren babesa

⁴³ Errepideko zirkulazio-istripuetan aplikatu beharreko legeri buruzko 1971ko maiatzaren 4ko Hitzarmeneko 12. artikuluan honela dio: *Cualquier unidad territorial que forme parte de un Estado con sistema jurídico no unificado se considerará como un Estado a los efectos de aplicación de los artículos 2 a 11, cuando tenga su propio sistema jurídico en lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual en materia de accidentes de circulación por carretera.* BOE 264 zenb., 1987ko azaroaren 4a.

⁴⁴ Produktuengatik erantzukizunari aplikatu beharreko legeri buruzko 1973ko urriaren 2ko Hitzarmena. Bere 12. artikulua honela dio: *Cuando un Estado conste de varias unidades territoriales en que cada una tenga sus propias normas legales acerca de la responsabilidad por productos, cada unidad territorial será considerada como un Estado a efectos de la determinación de la legislación aplicable según el Convenio.* BOE 21 zenb., 1989ko urtarrilaren 25a.

⁴⁵ Bitartekarien kontratuak eta ordezkariak aplikatu beharreko legeri buruzko 1978ko martxoaren 14ko Hitzarmena. Ikus bedi bere 19. artikulua: *Cuando un Estado comprenda varias unidades territoriales que tengan sus propias normas en materia de contratos de intermediarios y de representación, cada unidad territorial se considerará como un Estado a los fines de la determinación de la ley aplicable según el Convenio.*

⁴⁶ Trustari eta haren onarpenari aplikatu beharreko legeri buruzko 1985eko uztailaren 1eko Hitzarmena. Honela dio 23. artikulua: *A los efectos de determinar la ley aplicable según el Convenio, cuando un Estado esté integrado por varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas en materia de trust, cualquier remisión a la ley de ese Estado se entenderá hecha a la ley vigente en la unidad territorial de que se trate.*

⁴⁷ Salgaien nazioarteko salerosketa-kontratuak aplikatu beharreko legeri buruzko 1986ko abenduaren 22ko Hitzarmeneko 19. artikulua zera dio: *A los efectos de determinar la ley aplicable con arreglo al Convenio, cuando un Estado comprenda diversas unidades territoriales cada una de las cuales tenga su propio sistema jurídico o sus propias normas jurídicas en materia de contratos de compraventa de mercaderías, la referencia a la ley de dicho Estado será considerada como una referencia a la ley que esté en vigor en la unidad territorial correspondiente.*

eta nazioarteko adopzioaren arloko lankidetzaz⁴⁸; foroa aukeratzeko akordioak⁴⁹; eta bitartekari batean gordetako balioen gaineko eskubideak⁵⁰.

Hala ere, gaiaren inguruko salbuespen nabarmen batzuk ere badaude. Hasteko, 1970eko ekainaren 1eko dibortzioen eta legezko banantzeen onarpenari buruzko Hitzarmena, bere 13. artikuluan honako hau adieraziz: “*En la aplicación del Convenio a los divorcios o separaciones obtenidas o cuyo reconocimiento se solicita en Estados contratantes que tienen en este ámbito dos o más sistemas jurídicos aplicables en diferentes unidades territoriales: 1. toda referencia a la ley del Estado de origen se refiere a la ley del territorio en el que el*

⁴⁸ Haurraren babesari eta nazioarteko adopzioaren arloko lankidetzari buruzko 1993ko maiatzaren 29ko Hitzarmena. Bere 36. artikulua haxe dio: *En relación a un Estado que tenga, en materia de adopción, dos o más sistemas jurídicos aplicables en distintas unidades territoriales: a) toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado se entenderá referida a la residencia habitual en una unidad territorial de dicho Estado; b) toda referencia a la ley de dicho Estado se entenderá referida a la ley vigente en la correspondiente unidad territorial; c) toda referencia a las autoridades competentes o a las autoridades públicas de dicho Estado se entenderá referida a las autoridades autorizadas para actuar en la correspondiente unidad territorial; d) toda referencia a los organismos acreditados de dicho Estado se entenderá referida a los organismos acreditados en la correspondiente unidad territorial.*

⁴⁹ Foroa aukeratzeko akordioei buruzko 2005eko ekainaren 30eko Hitzarmena. 25.1 artikulua: *1. En relación a un Estado contratante en el que dos o más sistemas jurídicos relativos a las cuestiones reguladas en el presente Convenio se aplican en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia a la ley o al procedimiento de un Estado se interpretará, cuando sea pertinente, como referencia a la ley o al procedimiento en vigor en la unidad territorial pertinente; b) cualquier referencia a la residencia en un Estado se interpretará, cuando sea pertinente, como referencia a la residencia en la unidad territorial pertinente; c) cualquier referencia al tribunal o a los tribunales de un Estado se interpretará, cuando sea pertinente, como referencia al tribunal o a los tribunales en la unidad territorial pertinente; d) cualquier referencia a la conexión con un Estado se interpretará, cuando sea pertinente, como conexión con la unidad territorial pertinente.*

⁵⁰ Bitartekari batean gordetako baloreen gaineko eskubide batzuei aplikatu beharreko legeari buruzko 2006ko uztailaren 5eko Hitzarmeneko 12.1 artikulua honela dio: *1. Si el titular de la cuenta y el intermediario relevante han acordado que la ley aplicable sea la ley de una unidad territorial de un Estado con diversas unidades: a) la referencia al “Estado” en la primera frase del artículo 4 (1) es a esa unidad territorial; b) la referencia a “ese Estado” en la segunda frase del artículo 4 (1) es al Estado con diversas unidades en su conjunto.*

divorcio o la separación de cuerpos se haya obtenido; 2. toda referencia a la ley del Estado de reconocimiento se refiere a la ley del foro; y 3. toda referencia al domicilio o a la residencia en el Estado de origen se refiere al domicilio o a la residencia en el territorio en el que el divorcio o la separación ha sido obtenido”.

Bestalde, 1978ko martxoaren 14ko ezkontzaren ospakizunari eta aitortpenari buruzko Hitzarmena ere aipa genezake, zehazki, bere 17. artikulua, *“Cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en materia de matrimonio, toda referencia al Derecho del Estado de la celebración se entenderá hecha al Derecho de la unidad territorial en la que se celebre o se haya celebrado el matrimonio”.*

Era berean, 1978ko martxoaren 14ko ezkontza-erregimenei aplikatu beharreko legeari buruzko Hitzarmena ere izenda dezakegu, 17. artikuluan honakoa jasotzen baita: *“A los efectos del Convenio, cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en materia de regímenes matrimoniales, toda referencia a la residencia habitual en tal Estado se entenderá hecha a la residencia habitual en una unidad territorial de dicho Estado”.*

1980ko urriaren 25eko adingabeen nazio-barruko lapurretaren alderdi zibilei buruzko Hitzarmena, horren beste erakusgarri bat izan zen, 31. artikulua hau azalduz: *“Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistema de derecho aplicables en unidades territoriales diferentes: a) toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado se interpretara que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado. b) toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual se interpretara que se refiere a la ley de la unidad territorial de ese Estado donde resida habitualmente el menor”.*

Eta, azkenik, 2007ko azaroaren 23ko haurren eta familiako beste kide batzuen elikagaiak nazioartean kobratzeari buruzko Hitzarmeneko 46.1. artikulua honela dio: *“Con respecto a un Estado en el que se apliquen en uni-*

dades territoriales diferentes dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas, relativos a las materias reguladas en el presente Convenio: a) cualquier referencia a la ley o al procedimiento de un Estado se interpretará, en su caso, como una referencia, a la ley o al procedimiento vigente en la unidad territorial pertinente; b) cualquier referencia a una decisión adoptada, reconocida, reconocida y ejecutada, ejecutada o modificada en ese Estado se interpretará, en su caso, como una referencia a una decisión adoptada, reconocida, reconocida y ejecutada y ejecutada o modificada en la unidad territorial pertinente; c) cualquier referencia a una autoridad judicial o administrativa de ese Estado se interpretará, en su caso, como una referencia a una autoridad judicial o administrativa de la unidad territorial pertinente; d) cualquier referencia a las autoridades competentes, organismos públicos u otros organismos de ese Estado distintos de las Autoridades Centrales, se interpretará, en su caso, como una referencia a las autoridades u organismos autorizados para actuar en la unidad territorial pertinente; e) cualquier referencia a la residencia o residencia habitual en ese Estado se interpretará, en su caso, como una referencia, a la residencia o residencia habitual en la unidad territorial pertinente; f) cualquier referencia a la localización de bienes en ese Estado se interpretará, en su caso, como una referencia a la localización de los bienes en la unidad territorial pertinente; g) cualquier referencia a un acuerdo de reciprocidad en vigor en un Estado se interpretará, en su caso, como una referencia a un acuerdo de reciprocidad en vigor en la unidad territorial pertinente; h) cualquier referencia a la asistencia jurídica gratuita en ese Estado se interpretará, en su caso, como una referencia a la asistencia jurídica gratuita en la unidad territorial pertinente; i) cualquier referencia a un acuerdo en materia de alimentos celebrado en un Estado se interpretará, en su caso, como una referencia a un acuerdo en materia de alimentos celebrado en la unidad territorial pertinente; j) cualquier referencia al cobro de costes por un Estado se interpretará, en su caso, como una referencia al cobro de costes por la unidad territorial pertinente. 2. El presente artículo no será de aplicación a una Organización Regional de Integración Económica”.

Izan ere, arlo horietan zuzeneko igorpen-sistema bat ere badago, azken finean horrek, aipatutako hitzarmen guztietan erantzun bera ematen ez duen barne-logikari eusteko nolabaiteko desorientazioa sumatzeko aukera ematen du. Igorpen-eredu horretan, gatazka-arauak zuzenean egiten dio erreferentzia lurralde-Zuzenbideari, eta aplikatu behar den eta Estatuak eta lurralde-unitateak parekatzen dituen legezko fikzio batean oinarrituta dagoen lege anitzeko ordenamenduaren eskualde-arteko Zuzenbide-sisteman alde zurretik eskala egitea sailhestuz⁵¹.

Hasiera batetan, bazirudien igorpen-sistemen artean banaketa edo bereizketa bat zegoela, tratatutako gai-multzoen arabera edo gaiaren arabera (hau da, Zuzenbide zibileko eta merkataritza-Zuzenbideko gai zehatzak zuzeneko igorpen-sistema jasotzen dituzten lehen Hitzarmen multzoa; eta familia-zuzenbidea, ezkontza-krisiak, ondorengotza, gurasoen erantzukizuna, elikadura-betebeharrak, adingabearen adopzioa eta babesa barne hartzen dituzten bigarren Hitzarmen multzoa), eta, hala ere, adibideen arabera, egiaztatu ahal izan dugu errealtatean honako hau ez dela existitzen.

Ondorioz, zuzeneko igorpen sistema aplikatzen duten Hayako Hitzarmen batzuk azalduta, zeharkako igorpen sistema aplikagarri duten hainbat Hitzarmen zehaztea beharrezkoa dugu. Gure Kode Zibileko 12.5 artikulua dioen moduan, nahiz eta gure barne-arau osatu gabea hobetzeko zenbait berezitasun izan. Hona hemen: “*cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado*”. Alegia, zeharkako igorpen-sistema duten Hayako Hitzarmenetan ez bezala, Kode Zibileko 12.5 artikulua ez du inolako irizpide subsidiariorik ezartzen, hots, sistema osatzeko interes-

⁵¹ Besteen artean: IRIARTE ÁNGEL, José Luis. «Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 93 Urtea, 761 zenb., 2017, 1501-1527 orr.

dunak lotura estuagoa duen lege anitzeko ordenamenduaren legeriaren aplikazio subsidiarioari ez dio inolako erreferentziarik egiten.

Esan bezala, zeharkako sistema aplikagarria den lurralde-eskubidearen zehaztapena lege anitzeko ordenamenduaren eskualdeen arteko gatazka-arauen arabera ebatzen duena. Honela, zuzeneko igorpenaren sistemaren adibide argi gisa aipatu behar dira ondorengo Hitzarmen hauek:

Lehenik eta behin, 1961eko urriaren 5eko agintarien eskumenari eta adingabeen babesaren arloko lege aplikagarriari buruzko Hayako Hitzarmena⁵², bere 14. artikuluan honela dio: “*A los fines del presente convenio, en el caso de que la ley interna del estado del que es nacional el menor consista en un sistema no unificado, se entenderá por «Ley interna del Estado del que es nacional el menor» y por «autoridades del Estado del que es nacional el menor» la ley y las autoridades determinadas por las normas vigentes en dicho sistema, y, en su defecto, por el vínculo más efectivo que tenga el menor con una de las legislaciones que compongan ese sistema*”.

Bigarrenik, 1965eko azaroaren 15eko agintarien eskumenari, lege aplikagarriari eta adopzio arloko erabakiak onartzeari buruzko Hayako Hitzarmenak, bere 11. artikuluan xedatzen du, “*a los fines del presente Convenio si, en el Estado del que un adoptante o un menor son nacionales, hubieran varios sistemas jurídicos, las referencias a la ley nacional interna y a las autoridades del Estado en que una persona ostente la nacionalidad, se interpretarán como referidas a la ley y a las autoridades determinadas por las normas en vigor en dicho Estado o, a falta de tales normas, a la ley o a las autoridades del sistema con que el interesado tuviera los vínculos más estrechos*”.

Zeharkako igorpen sistemaren erregulazioaren beste adibide bat 1973ko urriaren 2ko elikadura betebeharreari aplikatu beharreko legeriari buruzko Hayako Hitzarmeneko 16. artikulua honela arautzen du: “*cuando deba tomarse en consideración la ley de un Estado que, en materia de obligaciones*

⁵² BOE 1987ko abuztuaren 20a. Indargabetua.

alimenticias, tenga dos o más sistemas jurídicos de aplicación territorial o personal —como pueden ser los supuestos en los que se hace referencia a la ley de la residencia habitual del acreedor o del deudor o a la ley nacional común—, se aplicará el sistema designado por las normas en vigor en dicho Estado o, en su defecto, el sistema con el cual los interesados estuvieran más estrechamente vinculados”.

Bestalde, 1989ko abuztuaren 1eko heriotza dela-eta oinordekotzei aplikatu beharreko legeari buruzko Hayako Hitzarmenak, bere 19.2 artikuluan zera dio, *“en el caso de que en dicho Estado existan normas vigentes que identifiquen, en los casos previstos en el presente artículo, la unidad territorial cuya ley deberá ser aplicada, se aplicará dicha ley. En defecto de tales normas se aplicarán los apartados siguientes del presente artículo”.*

1996ko urriaren 19ko guraso-erantzukizunaren eta haurrak babesteko⁵³ neurrien arloko eskumenari, lege aplikagarriari, aintzatespenari, gauzatzeari eta lankidetzari buruzko Hayako Hitzarmenari dagokionez, 48 (a) artikulua argi eta garbi dio, *“para determinar la ley aplicable en virtud del Capítulo III, en el caso de que un Estado comprenda dos o más unidades territoriales, cada una de las cuales posea su propio sistema jurídico o un conjunto de reglas relativas a las cuestiones reguladas por el presente Convenio, se aplican las reglas siguientes: a) en el caso de que en dicho Estado existan normas vigentes que identifiquen la unidad territorial cuya ley deberá ser aplicada, se aplicará dicha ley”.*

2000ko urtarrilaren 13ko helduen nazioarteko babesari buruzko Hayako Hitzarmenak, aurrekoen lerro berean, honela dio bere 46 (a) artikuluan: *“para determinar la ley aplicable en virtud del Capítulo III, en el caso de que un Estado comprenda dos o más unidades territoriales, cada una de las cuales posea su propio sistema jurídico o un conjunto de reglas relativas a las cuestiones reguladas por el presente Convenio, se aplican las reglas siguientes: a) en el caso de que en dicho Estado existan normas vigentes que identifiquen la unidad territorial cuya ley deberá ser aplicada, se aplicará dicha ley”.*

⁵³ BOE 291 zenb., 2010eko abenduaren 2a.

Eta, azkenik, 2007ko azaroaren 23ko elikadura-betebeharrei aplikatu beharreko legeari buruzko Hayako protokoloa 16.2 artikulua honela dio, “*para determinar la ley aplicable en virtud del Protocolo, cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales cada una de las cuales tenga su propio sistema jurídico o conjunto de normas relativas a materias reguladas por el Protocolo, se aplican las siguientes normas: a) si en dicho Estado existen normas en vigor que determinen como aplicable a la ley de una unidad territorial, se aplicará la ley de dicha unidad; b) en ausencia de tales normas, se aplicará la ley de la unidad territorial determinada según las disposiciones del apartado*”.

Aurreko guztia esanda, aipamen labur bat egin behar zaio nazioarteko tresna batzuk (Hayako Hitzarmenak) gure sistema gatazkatsuan sartzeko teknikari, Estatuko legegileak haurrak eta nerabeak babesteko sistema aldatzen duen uztailaren 28ko 26/2015 Legean⁵⁴ jasotakoa hain zuzen ere. Haurrak eta nerabeak babesteko sistema aldatzen duen ekainaren 22ko 8/2015 Lege Organikoarekin batera⁵⁵, Kode Zibilaren eta Prozedura Zibilari buruzko Legearen⁵⁶ zati bat ere aldatzen duen Adingabeak Babesteari buruzko urtarrilaren 15eko 1/1996 Lege Organikoa aldatzen du, Kode Zibileko 9. artikuluko 4, 6 eta 7. epigrafetako soluzioak aldera utziz⁵⁷.

Nazioarteko Zuzenbide pribatuko arauari eta Kode Zibilari eta Nazioarteko Adopzioari buruzko alaketari dagokienez zenbait balorazio kri-

⁵⁴ BOE 180 zenb., 2015eko uztailaren 29a.

⁵⁵ BOE 175 zenb., 2015eko uztailaren 23a.

⁵⁶ BOE 15 zenb., 1996ko urtarrilaren 17a.

⁵⁷ Hitzarmenak barne-gatazketan aplikatzeko aukerari buruz ikus: BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. «Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel», R. des C., 1994, V, 296-... orr.

tiko egin daitezkeen arren⁵⁸, oso positibotzat jo daiteke legegileak bere hitzaurrean aldaketa horri eta horren arrazoiaren aipamen espresua jasotzea, honako hau esaten duena: “*se reforman, en primer lugar, las normas de Derecho internacional privado, en concreto los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9, normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la filiación, a la protección de menores y mayores y a las obligaciones de alimentos. Estas modificaciones responden, por un lado, a la incorporación de normas comunitarias o internacionales y adaptaciones terminológicas a las mismas y, por otro, a mejoras técnicas en la determinación de los supuestos de hecho o de los puntos de conexión y su precisión temporal*”. Beste kontu bat izango da nazioarteko Zuzenbide pribatuko arauen erreforma hori partziala edo osatugabea izateko arrazoiak planteatzea, Estatuko legegile baten ahanzturaren ondorioz, ondo baino hobeto baitaki Kode Zibileko 9. artikulua bereko beste epigrafe batzuk (3 eta 8) ere azkar aldatu behar direla.

Erreforma honek lurralde nazionalen lege zibilak batera egoteagatik sor daitezkeen lege-gatazkei buruzko 16.1 artikulua bere horretan mantentzen du, baita Kode Zibilaren Atariko Tituluaren IV. kapituluan jasotako nazioarteko Zuzenbide pribatuko arauen bidezko ebazpena ere⁵⁹. Hau da, lehen aipatutako artikuluko epigrafietan jasotako irtenbide autonomoak lekuz aldatzen dira. Filiazioaren edukiari, berez edo adoptatzeagatik, eta guraso-erantzukizunari aplikatu beharreko legea zehaztu ahal izateko (9.4 artikuluko 2. paragrafoa) eta adingabeen babesaren arloan (9.6. artikulua) guraso-erantzukizunaren eta haurrak babesteko neurrien arloko eskumenari, lege aplikagarriari, aintzatespenari, gauzatzeari eta

⁵⁸ Besteen artean: BELINTXON MARTÍN, Unai. «Derecho internacional privado y niños robados: algunas cuestiones para la reflexión en torno a la protección del menor», BARBER BURUSCOA, S. eta JIMENO ARANGUREN, R. (EDS.), *NIÑOS DESAPARECIDOS, mujeres silenciadas*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2017, 85-117 orr.

⁵⁹ Auzotasun zibilari eta barne-gatazkei inguruan, ikus: DOMÍNGUEZ LOZANO, Pilar. *Las circunstancias personales determinantes de la vinculación con el Derecho Local. Estudio sobre el Derecho Local Altomedieval y el Derecho Local de Aragón, Navarra y Cataluña (siglos IX-XV)*, Madril, UAM Ediciones, 1988.

lankidetzari buruzko 1996ko urriaren 19ko Hayako Hitzarmenarekin bat etorritz. Irtenbide estentsibo bat da, halaber, elikagaien betebeharrari eta barne-gatazkei aplikatu beharreko legea zehaztea, 2007ko Hayako Protokoloaren bitartez⁶⁰.

Gainera, adierazitakoari dagokionez, konfigurazioa eta garrantzia filiazioari aplikatu beharreko legea zehazteko lehen lotura-puntu gisa aipatu beharra dago (Kode Zibileko 9.4 artikulua⁶¹), eta adinez nagusiak babesteko aplikatu beharreko legea zehazteko (9.6 artikuluko 2. paragrafoa⁶²) ohiko bizilekua, 9.4 artikulua dioenarekin nazionalitatea konexio osagarri edo subsidiario gisa hartzea aldera utziz, eta, azkenik, amaierako lotura gisa espainiar legea aplikatuz. Erreforma horren bidez, barne-dimentsioan proiektatu ahal izango da auzotasun zibilaren lotura-puntuaren aplikazioa, ohiko bizileku-irizpidearen subsidiario gisa, eta eraginik gabe utziko da Espainiako legearen aplikazioan erabilitako itxiera-irizpidearen eraginkortasuna⁶³.

⁶⁰ Besteak beste, Hayako Konferentziako Hitzarmenak barne-legeen gatazketan nazioarteko Zuzenbide pribatuari aplikatzeari buruz: SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, «La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española», REDI, 1993, 131-... orr.

⁶¹ 9.4 artikulua honela dio: *la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española.*

⁶² 9.6 artikuluko 2. paragrafoa: *La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados.*

⁶³ ZABALO ESCUDERO, M^a Elena. «Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias», *Bitácora Millenium DIPr*, 3 zenb., 2016, 13-17 orr.

5. EBKO LEGEGILEAREN BARNE-LEGEEN GATAZKETARA-KO IRTENBIDEAK. JARRAITZEKO EREDUA?

1999ko maiatzaren 1ean nazioarteko Zuzenbide pribatuaren esparruan arautegi-egoera garbitu zuen egoera bat eman zen: alegia, Amsterdamgo Ituna onetsi eta indarrean jarri zen, horrek Zuzenbidearen adar horren europeizazioa ekarriz. Era honetan, Europar Batasunak foru-ordenamendu zibilen tradizio juridikoari estu lotuta dagoen sektorearen legegintza-eskumena bere gain hartu zuen.

Gaur egungo ikuspegitik, nazioarteko Zuzenbide pribatuko iturrien sistema errotik aldatu da, Europako Zuzenbidearen eremutik esparru arautzaile berri horretara zuzenean atxikita dauden hainbat erregelamendu eta zuzentarau aldarrikatuz.

Barne-legegilearen ahaleginek bi helburu izan beharko lituzkete ardatz: alde batetik, komenigarria litzateke Europako eta nazioarteko arauak baretik ezarri edo aplikatzeko arauak hobetzea (lehen aldiz nazioarteko lankidetzaren lege berria aldarrikatzean egin den bezala); izan ere, arau horiek, beren izaeragatik, ezin dira xehetasunetara jaitsi, eta behar bezala aplikatu ahal izateko barne-legedian egokitu behar dira.

Bigarrenik, eskualde-arteko Zuzenbide-lege bat egitea edo barne-jatorriko gatazka-erantzun arau-emaileak sakonki aldatzea lehentasuna du; izan ere, barne-esparruko arau-aniztasunak hazkunde esponentziala izan du azken hamarkadetan, eta Europako Erregelamendu berrien eta konponbidearen barne-sistemaren arteko elkarreraginak (“sistemaz” nekez hitz egin daiteke) segurtasun juridiko eza eragiten du legeria aplikagarria zehaztean.

Alegia, bere garaian Amsterdameko Itunaren IV. Tituluan jasotako xedapenen bidez sorturiko nazioarteko Zuzenbide pribatuaren europeizazioak eta Nizako Tratatuan sartutako berrikuntzek ordezkatu zuten osa-

garriek, orain, Lisboako Ituneko xedapenen korolariora sendoa dute (bai Europar Batasunaren Itunean, baita Europar Batasunaren Funtzionamenduari buruzko Tratatuan ere), europeizazio hori sendotu eta indartzean, eta etorkizunerako gaitasunak zabaltzean⁶⁴.

Horren frogarria “*Libertad, seguridad y justicia*” izeneko tituluan ikus daiteke. Europar Batasunaren Funtzionamenduari buruzko Tratatuaren 67. artikulua (art. III-257) Batasuna askatasun-, segurtasun- eta justizia-esparrua dela azpimarratzen du, Estatu kideen oinarriko eskubideak, eta gai eta tradizio juridikoak errespetatu eta babes judiziala erraztuko duela, arlo zibileko ebazpen judizial eta judiziorik gabekoak elkarri aitortzeko printzipioa bereziki bermatuz, beti ere, helburu horiek eskumenen edo materialen arloko aurretzeko premisa edo eskakizunen pean jarri gabe.

Gogoratu bedi, gainera, gatazka-harmonizazioaren alderdiak (askoz ere aurreratuagoa) materialaren aldean duen abiadura desberdina, horrek zailtasun gehigarriak baitakartza, eta, gainera, antolaketa nazional bakoitzean dauden arauen ordez arau jakin batzuk lortzea konplexuagoa eginik.

Aurrekoa esanda, badirudi Europako legegileak Estatuko legegileari, hark nahi badu, Europako tresna horiek barneko gatazketan aplikatzeko aukera zabaltzen diola. Nahi izanez gero, Estatuko legegileak irtenbide hau har dezake, eta hori, pertsonen mugikortasun handia eta gaur egun EBko lurraldean dituzten harremanak kontuan hartuta, batez ere Europako erakundeek bultzatuta, Europar Batasunaren Funtzionamenduari buruzko Tratatuan jasota dagoen eta Lisboako Ituna indarrean sartu ondoren zabaldu den pertsonen, zerbitzuen eta kapitalen zirkulazio librea-

⁶⁴ Europar Batasuneko Hitzarmeneko 3. artikulua garbi azaltzen du: *1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos. 2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.*

ren bermearen bidez, Espainiako Estatuko Antolamendu Juridikoaren zati baten aldeko jarrera positiboa da, hots, garai eta egungo gizarte-errealitateari erantzuna emateko Espainiako eskualde-arteko benetako Zuzenbide-sistema bat sortzea. Aukera horri esker, antzeko konponbidea lortuko litzateke⁶⁵, bai barne-gatazketarako, baita nazioarteko gatazketarako ere⁶⁶.

Izan ere, sumatu behar da Europako legegilea Estatuak barne-legeen gatazkek arautzeko duten gaitasuna errespetatzeaz arduratu dela, nahiz eta erreferentzia murriztaile edo baztertzaila baten bidez “ez du aplikatu beharko” ez duen egin, baizik eta irekiagoa eta hedagarria, eta, beraz, barne-legegileak hala nahi badu, barne-gatazketan “ez du nahitaez aplikatu beharko”.

Nazioarteko oinordekotzei dagokienez, 650/2012 (EB) Erregelamendua⁶⁷, gure Zuzenbide erkidea ez bezala, heriotza-arrazoiengatik ondorengotzari aplikatu beharreko legea zehazteko irizpidetzat nazionalitate-legea jasotzen du (izan ere, ez du Kode Zibileko 9.8 artikuluko arauaren edukia aldatu)⁶⁸. Erantzun askoz modernoagoa eta egokiagoa

⁶⁵ Besteak beste, nazioarteko kasuetan Zuzenbide katalana aplikatzeari buruz: FORNER DELAYGUA, Joaquim Joan. “La aplicación del derecho catalán como derecho español en los supuestos internacionales”, FONT I SEGURA, A. (Ed.), *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Bartzelona, Atelier, 2011, 101-110 orr.

⁶⁶ Besteen artean, ikus: BORRÁS RODRIGUEZ, Alegría, *op. cit.*, 17. nota, 555 orr.

⁶⁷ 2012ko uztailaren 4ko 650/2012 (EB) Erregelamenduari buruzko azterketa sakona ikusteko: BONOMI, Andrea, eta WAUTELET, Patrick. *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Zizur Txikia, Aranzadi, 2015, 239-... orr.

⁶⁸ Kode Zibileko 9.8 artikulua: *La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.*

ematen du gizakiaren mugitzeko nahiei eta denborei dagokienez⁶⁹. Heriotza-arrazoiengatikiko ondorengotza heriotzaren unean kausatzailearen ohiko bizilekuari buruzko legearen arabera arautzen da (21. artikulua)⁷⁰.

650/2012 Erregelamenduko 21. artikulua lehenean epigrafean, arau orokor gisa, hau xedatzen da: *Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento.*

Hori esanda, 22. Erregelamendu berak aukera ematen du aplikatu beharreko legea aukeratzeko. Horretarako, Estatuaren legea bete behar da. Lege horren nazionalitatea interesduna aukeratzeko unean edo hiltzen denean izango da, eta, gainera, lege-aukeraketa hori berariaz jaso beharko da mortis causa xedapen gisa, edo antzeko xedapen batean⁷¹. Azkenik, esan behar da sistema juridiko bat baino gehiago duten Estatuei eta haien lurralde-legeen gatazkei aplikatzeko⁷² Erregelamendu honek hiru xeda-

⁶⁹ Ikus: IRIARTE ÁNGEL, José Luis. «International and interregional conflicts of laws in relation to the foral civil law of Navarra: successions problems», *Diritto delle successioni e della famiglia*, bol. 4, 3 zenb., 2018, 1047-1073 orr.

⁷⁰ Besteak beste, ikus: ÁLVAREZ TORNÉ, María. «La regulación de la competencia internacional en el Reglamento de la UE en materia sucesoria: un nuevo escenario frente al sistema español de DIPr.», FORNER DELAYGUA, J.; GONZÁLEZ BEILFUSS, C. eta VIÑAS FARRÉ, R. (Koord.). *Entre Bruselas y La Haya*, Madril, Marcial Pons, 2013, 109-111 orr.

⁷¹ 650/2012 Erregelamenduko 22 artikulua hauxe dio: *1. Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. 2. La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo. 3. La validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida.*

⁷² Besteak beste, nazioarteko eta Europako arauak bateratu gabeko legegintza-sistemei egiten dieten erreferentzia ikus: ÁLVAREZ TORNÉ, María. «El tratamiento de los sistemas legislativos no unificados en los textos internacionales y de la UE: el caso del Reglamen-

pen aurkezten dituela, antzeko terminoetan (36, 37 eta 38 artikulua)⁷³, baina ez berdin-berdinak, Erroma I Erregelamenduak, kontratu-betebeharrei aplikatu beharreko legeri buruzkoak, aurrez xedatutakoaren antzeko irtenbideak alegia.

to en materia de sucesiones», PARRA, C., (Zuzen.). *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Bartzelona, Bosch, 2012, 291-324 orr.

⁷³ 36 artikulua: *Estados con más de un sistema jurídico – conflictos territoriales de leyes. 1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión. 2. A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes: a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento; b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha; c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley pertinente con arreglo al art. 27 y a falta de normas sobre conflicto de leyes en ese Estado, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido una vinculación más estrecha. Art. 37: Estados con más de un sistema jurídico – conflictos interpersonales de leyes. Toda referencia a la ley de un Estado que tenga dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de sucesiones se entenderá como una referencia al sistema jurídico o al conjunto de normas determinado por las normas vigentes en dicho Estado. A falta de tales normas, se aplicará el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha. Art. 38: Inaplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes. Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales.*

Izan ere, orain arte azaldutakoaz oharturik, lehenik eta behin, eskualde-arteko Zuzenbide-sistema hobetzeko zer egin behar den edo zer egin nahi dugun pentsatu behar dugu. Bistan da Estatuko legegilea desorientatuta dagoela eta aukera guztien erdibidean dagoela. Ez dirudi Kode Zibilarren atariko Tituluaren IV. Kapituluko arauak osorik aldatzeko gai denik, eta, beraz, partzialki aldatzea erabaki du, Haurrak eta nerabeak babesteko sistema aldatzen duen uztailaren 28ko 26/2015 Legeak Kode Zibileko 9.4, 9.6 eta 9.7. artikulua eraldatuz. Ez dirudi, halaber, nazioarteko gatazketan aplikagarri diren Europako Erregelamenduetan jasotako Europako irtenbide tekniko modernoak barne-legeen arteko gatazketan aplikatzearekin lotuta dagoenik. Eta, zalantzarik gabe, ez dago eta ez da espero eskualde-arteko Zuzenbideari buruzko lege berezi bat idatzi eta onartzea, legegintzako aniztasunari eta Zuzenbide zibil arruntarekin batera hainbat eskubide zibil berezi batera egoteari irtenbide egokia eman-go diona, eta, agian, ez da nahikoa izango autonomia-erkidegoetako legegileek beren arau bereziak aldatu, arautu, indartu eta egokitzearen duten interes aktiboagatik eta hedapenagatik.

Lege ezaren egoera horren aurrean, hobe da Estatuko legegileak, guxtienez, Atariko Tituluari koherentzia pixka bat ematea 9.8 eta 9.3 artikulua aldatuz (besteak beste, araubide ekonomikoa eta izatezko bikoteak materietan⁷⁴). Gabezia hori, noski, ez da ikuspuntu juridikotik ulertzen, eta Atariko Titulu horretako zein arau garatu behar diren⁷⁵ eta zein ez sailkatzea erabaki duen legegile komunaren zalantza egoera eta lotsagabea nabarmentzen ditu. Era berean, Kode Zibileko 16.1 arti-

⁷⁴ EBko izatezko bikoteen inguruan: GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madril, Marcial Pons, 2004, 110 orr.

⁷⁵ Bikote egonkorren balio juridiko bera, Nafarroako Legeari aipamen berezia eginez, besteak beste: GOÑI URRIZA, Natividad. «La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables», Calvo Caravaca eta Iriarte Ángel J.L., (Zuzen.). *Mundialización y familia*, Madril, Colex, 2001, 375-385 orr.

kulua Atariko Tituluko IV. Kapituluko⁷⁶ arauetara bidaltzea estatikoa den eta, beraz, Kode Zibileko arauetara buruzkoa den, ala dinamikoa den⁷⁷, Europako arauen eta nazioarteko hitzarmenen eragin unibertsalak 16.1 artikulua bera aldarazten duela ulertuz, nazioarteko arau horiek eta Europar Batasuneko Erregelamenduak barne-gatazketarako erabil daitezela⁷⁸.

Aurrekoa esanda, eta Kode Zibileko 9.8 artikulua dioenarekin bat eginez, esan beharra dago ez dela ulertzen zergatik agindu hori oraindik ez den aldatu; beraz, Estatuko legegileari dei egin dakioke beste gai batzuetarako hasitako ildotik erreforma horri ekiteko, indarrean dagoen Europako Erregelamenduari erreferentzia bat gehituta (650/2012 Erregelamendua). Hori bai, kontuan hartuta Kode Zibileko 16.1 artikulua hori aldatu gabe dagoen bitartean bertatik, Europako Arau horretan jasotako irtenbideak barne-gatazketan ere aplikatuko lirateke, eta horrek erregulazio-aldaketa handia ekarriko luke eskualde-arteko oinordekotzarako. Litekeena da laster ez gertatzea, eta ez dator bat legegintzako logika bateratzaile batekin, behin eta berriro ere, Estatuko legegilea, ez dakiela zer egin nahi duen edo geldirik mantendu nahi den agerian utziz.

Gaur egungo errealitateak argi eta garbi duala den sistema bati eragiten dio, eta bereizi egiten ditu Europako legegileak nazio-arteko legeen arteko gatazkak arautzeko duen zeregina, baita Estatuko legegileak

⁷⁶ Besteak beste, Kode Zibilaren 16. artikuluari eta printzipio orokorrari dagozkion zenbait salbuespeni buruz ikus: BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho Interregional español*, Bartzelona, UABeko Argitalpen Zerbitzua, 1984.

⁷⁷ Zentzu honetan ikus, QUINZÁ REDONDO, Pablo. «La plurilegislación del derecho civil español ante el derecho internacional privado de la Unión Europea: dinamismo vs. Estatismismo, en España y la Unión Europea en el orden internacional», *XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, 2017, 565-572 orr.

⁷⁸ ZABALO ESCUDERO, M^a Elena. «Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias», *Bitácora Millennium DIPr*, 3 zenb., 2016, 13-17 orr.

barne-gatazkak arautzeko duen zeregina ere. Horretarako, sistema misto bat aukeratzen du, non batzuetan Kode Zibilaren irtenbide zaharrak aplikatzen diren, eta beste batzuetan, nazioarteko eta Europako arautan aurreikusitako irtenbideak erreferentziatzat hartzen diren. Hori dela eta, azpimarratu behar da Estatuko legegileak, une honetan, Europako Araudiek eta nazioarteko hitzarmenek barne-gatazketarako eskaintzen dituzten konponbideak hedatuko dituen irtenbide-batasun handiagoko sistema bat aplikatzea modu bateratuan aukeratzen duen erabaki behar duela, edo, aitzitik, Kode Zibilak barne-legeen gatazketarako aurreikusten dituen konponbide zaharkituak mantenduz egungo egoerari eutsi. Ez du zentzu handirik, ordea, sistema zati batean soilik aldatzea, artikulua eta epigrafe zehatzen aukeraketa interesatu bat eginik.

Oso bestelakoa izango da Europako Zuzenbideak erabilitako ohiko egoitza-irizpidea proiektatzea ea komeni den zehaztea, eskualde-arteke Zuzenbideari eta barne-gatazkei buruzko nazioarteko gatazketan aplikatu beharreko legea zehazteko. Edo, aldiz, posible da edo beharrezkoa da auzotasun zibila “doikuntzekin” edukitzea lotura-puntu edo -irizpide gisa, eta, hala, erreforma horren bidez, auzotasun zibila barne-gatazketarako mantentzea eta nazioarteko gatazketarako ohiko egoitzara jotzea errespetatzea.

Aipatutakoari dagokionez, azterlanean zehar adierazi dugun bezala, foru eskubide zibilak eguneratu eta garatzeko jardunak eskumen-finkapena du, 149.1.8 Konstituzioaren arabera, autonomia-erkidegoek eskumena dute foru-Zuzenbide zibila gorde, aldatu eta garatzeko, halakorik bada. Hala ere, ez da ahaztu behar aipatutako konstituzio-aginduak berak berretzat gordetzen duela Estatuak “lege-gatazkak ebazteko arauen” arloan duen eskumen eksklusiboa, argi eta garbi aipatuz nazioarteko Zuzenbide pribatuko gure diziplinako arauak, nazioarteko, eskualde-arteke eta tokiarteko gatazkak konpontzera bideratuak. Beraz, esan dugun bezala, Estatuko legegileari dagokio irizpideak eta legegileak edo europarrak jarraitutako teknika juridiko modernoa aplikatu behar dituen edo Euro-

pako Zuzenbideko oinarrietatik urruntzen den beste aukera bat hautatu behar duen erabakitzea.

Era berean, eta ez litzateke irtenbide hutsala izango, Estatuko legegileak barne-gatazkei eta eskualde-arteko Zuzenbideari buruzko legea zehazteko sarrera-asmu gisa aukeratzea, nazionalitatearen legearen aldeko gatazka-autonomiaren irizpidearen arabera, auzotasun zibilari lotua noski, eta aukera hori ez badago, “ohiko bizileku-harremanaren irizpideari jarraiki”⁷⁹. Jakina, horrek guztiak doikuntza horietan kontuan hartzea eskatuko luke dagokion subjektuaren auzotasun zibilaren jatorri-lurraldetik kanpo bizienez, auzotasun zibila galtzeko denboraren kontaketa izoztu egin behar dela, eta, horrekin batera, kanpo proiektzioa ere erraztuz⁸⁰.

6. BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, «Remisión a un sistema plurilegislativo. El ejemplo español y algunas tareas por resolver. El ejemplo español y algunas tareas por resolver», *Le Droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*, Paris/Madril, LGDJ/Iprolex, 2018, 64-84 orr.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, *Conflictu Legum*, 2007, 79-133 orr.

⁷⁹ ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, eta BELINTXON MARTÍN, Unai. «Crisis matrimoniales y conflictos de leyes internos. Regulación de las crisis matrimoniales y conflictos de leyes internos: una urgente y necesaria reforma», GUZMÁN ZAPATER, Mónica, y HERRANZ BALLESTEROS, Mónica (Zuzen.). *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2018, 840-858 orr.

⁸⁰ ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. «Derecho Interregional español: una urgente y necesaria reforma», ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago; ARENAS GARCÍA, Rafael; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto eta STAMPA CASAS, Gonzalo (Ed.). *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Zizur Txikia, Aranzadi, 2020, 111-128 orr.

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. «Derecho Interregional español: una urgente y necesaria reforma», Álvarez González, Santiago; Arenas García, Rafael; De Miguel Asensio, Pedro Alberto; Sánchez Lorenzo, Sixto eta Stampa Casas, Gonzalo (Ed.). *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Zizur Txikia, Aranzadi, 2020, 111-128 orr.

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención, Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Iruña, Aranzadi, 2011, 13-32 orr.

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. «La incidencia del Tratado de Amsterdam en el sistema español de Derecho interregional», *Anales de la Facultad de Derecho*, 18, 2001, 65-78 orr.

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. «La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Gasteiz, Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, 1997, 289-... orr.

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. *Las normas de derecho interregional de la ley 3/1992 de 1 de julio, de derecho civil foral del país vasco*, Oñati, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1995.

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José eta BELINTXON MARTÍN, Unai. «Crisis matrimoniales y conflictos de leyes internos. Regulación de las crisis matrimoniales y conflictos de leyes internos: una urgente y necesaria reforma», Guzmán Zapater, Mónica, y Herranz Ballesteros, Mónica (Zuzen.). *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2018, 840-858 orr.

ÁLVAREZ TORNÉ, María. «La regulación de la competencia internacional en el Reglamento de la UE en materia sucesoria: un nuevo escenario frente al sistema español de DIPr.», Forner Delaygua, J., González Beilfuss, C. eta Viñas Farré, R. (Koord.). *Entre Bruselas y La Haya*, Madril, Marcial Pons, 2013, 109-111 orr.

ÁLVAREZ TORNÉ, María. «El tratamiento de los sistemas legislativos no unificados en los textos internacionales y de la UE: el caso del Reglamento en materia de

sucesiones», Parra, C., (Zuzen.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Bartzelona, Bosch, 2012, 291-324 orr.

ARCE JANARIZ, Alberto. *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madril, Civitas, 1987, 58- orr.

ARENAS GARCÍA, Rafael. «La pluralidad de Derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español», Font i Segura, A. (Ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Bartzelona, Bosch Atelier, 2011, 51-79 orr.

ARENAS GARCÍA, Rafael. «Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea», AEDIPr, X, 2010, 547-593 orr.

BELINTXON MARTÍN, Unai. «Derecho internacional privado y niños robados: algunas cuestiones para la reflexión en torno a la protección del menor», BARBER BURUSCOA, S., eta JIMENO ARANGUREN, R. (Eds.). *Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2017, 85-117 orr.

BELINTXON MARTÍN, Unai. «Dumping social, desarmonización socio-laboral y Derecho internacional privado. La des-uniión europea», AEDIPr, XVI, 2016, 611-642 orr.

BELINTXON MARTÍN, Unai. «La necesaria adecuación del Derecho Foral Navarro al proceso de europeización del Derecho internacional privado», *JADO: Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, 2015-2016, 14 urtea, 27 zenb., 65-91 orr.

BELINTXON MARTÍN, Unai. *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Zizur Txikia, Aranzadi, 2015, 26-... orr.

BONOMI, Andrea eta WAUTELET, Patrick. *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) núm.650/2012, de 4 de julio de 2012*, Zizur Txikia, Aranzadi, 2015, 239-... orr.

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. «El derecho interregional: realidades y perspectivas», Florensa i Tomàs, C.E. (Zuzen.) eta Fontanellas Morell, J.M. (Koord.). *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madril, Marcial Pons, 2015, 553-574 orr.

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. «La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Gasteiz, Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, 2002, 285-318 orr.

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. «Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel», *R.desC.*, 1994, V, 296-... orr.

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho Interregional español*, Bartzelona, UABeko Argitalpen Zerbitzua, 1984.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. «El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea», *Anales de Derecho*, Murtzia, Murziako Unibertsitatea, 21 zenb., 2003, 49-69 orr.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. «La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam», *REDI*, bol. L, 1 zenb., 1998, 373 -376 orr.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. «Integración Europea y Derecho Internacional Privado», *RDCE*, 2 bol., 1997, 413-445 orr.

DOMÍNGUEZ LOZANO, Pilar. *Las circunstancias personales determinantes de la vinculación con el Derecho Local. Estudio sobre el Derecho Local Altomedieval y el Derecho Local de Aragón, Navarra y Cataluña (siglos IX-XV)*, Madril, UAM Ediciones, 1988.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Sistema de Derecho económico internacional*, Zizur Txikia, Thomson Civitas, 2010, 55-... orr.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales», *RES*, 140 zenb., 2009, 600-... orr.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «El Espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea», *La Ley*, D-195, 2004, 16 orr.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Derecho internacional privado y Derecho comunitario», *RIE*, bol. 17, 1990, 785-824 orr.

FONT I SEGURA, Albert. «La pluralidad interna visita el reino del Derecho internacional privado. Comentario a la Resolución de la Dirección General de Dret i Entitas Jurídiques de 18 de septiembre de 2006», *In Dret*, 2007, 2 zenb., 3-5 orr.

FONT I SEGURA, Albert. *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho Interregional*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2007, 61-... orr.

FORNER DELAYGUA, Joaquim Joan. «La aplicación del derecho catalán como derecho español en los supuestos internacionales», Font i Segura, A. (Ed.), *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Bartzelona, Atelier, 2011, 101-110 orr.

GARAU JUANEDA, Luis. «La necesaria depuración del Derecho interregional español», Font i Segura, A. (Ed.). *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Bartzelona, Atelier, 95-99 orr.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis eta RAJOY BREY, Enrique. *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho Común, Foral y Especial*, Zizur Txikia, Aranzadi, 2008.

GINEBRA MOLLINS, María Esperança. «El veínatge civil: regulació, reforma i alternatives com a punt de connexió», Font i Segura, A. (Ed.). *La inaplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Bartzelona, Atelier, 31-50 orr.

GOÑI URRIZA, Natividad. «La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables», Calvo Caravaca eta Iriarte Ángel J.L. (Zuzen.). *Mundialización y familia*, Madril, Colex, 2001, 375-385 orr.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madril, Marcial Pons, 2004, 110 orr.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego. «Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Materialisation des règles de Droit International Privé», *RdesC*, t. 287, 2002, 156-... orr.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego. «El marco Constitucional de los conflictos internos en España», Hommelhoff, Peter, Jayme, Erik, eta Mangold, Werner, *Euro-*

päischer Binnenmarkt IPR und Rechtsangleichung, Heidelberg, Müller Jurist. Verlag, 1995, 7-34 orr.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego. *Derecho Internacional Privado. Introducción*, Madril, Universidad Autónoma (Xerocopia), 1984, 11 orr.

GUZMÁN ZAPATER, Mónica. «Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?», *La Ley*, 7479 zenb., 2010, 713-... orr.

IRIARTE ÁNGEL, José Luis. «International and interregional conflicts of laws in relation to the foral civil law of Navarra: successions problems», *Diritto delle successioni e della famiglia*, bol. 4, 3 zenb., 2018, 1047-1073 orr.

IRIARTE ÁNGEL, José Luis. «Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 93 Urtea, 761 zenb., 2017, 1501-1527 orr.

IRIARTE ÁNGEL, José Luis. «Propiedad y Derecho internacional», *Los conflictos internos en el sistema español*, Fundación registral (Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España), 2007, 133-163 orr.

IRIARTE ÁNGEL, José Luis. «La armonización del Derecho internacional privado por la Unión Europea», *Jado: Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, 9 zenb., 2006, 47-73 orr.

IRIARTE ÁNGEL, José Luis. «La Ley 11/1990 y su incidencia discriminatoria en el régimen de vecindad civil y en los conflictos de leyes internos», Churruca, J., eta González M. (Ed.), *Jornadas Internacionales sobre Instituciones Civiles Vascas*, Bilbo, 1991, 419-425 orr.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. «Notas para la interpretación del inciso “Allí donde existan” del artículo 159.1.8 de la Constitución Española», I Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho Civil, Oñati, 1983, 239 orr.

PLENDER, R., WILDERSPIN, M. *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, 2. ed., Londres, 2001, 251-... orr.

QUINZÁ REDONDO, Pablo. «La plurilegislación del derecho civil español ante el derecho internacional privado de la Unión Europea: dinamismo vs. Estatismo, en España y la Unión Europea en el orden internacional», *XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, 2017, 565-572 orr.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz. «Competencias de los Parlamentos Autónomos en la elaboración del Derecho del Derecho civil: Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución», *ADC*, IV, 1986, 1141 orr.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. «La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española», *REDI*, 1993, 131-... orr.

ZABALO ESCUDERO, M^a Elena. «Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias», *Bitácora Millenium DIPr*, 3 zenb., 2016, 13-17 orr.

ZABALO ESCUDERO, M^a Elena. «Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias», *Bitácora Millenium DIPr*, 3 zenb., 2016, 13-17 orr.

ZABALO ESCUDERO, M^a Elena. «El sistema español de Derecho interregional». Font i Segura, A. (Ed.). *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Bartzelona, Bosch Atelier, 2011, 17-30 orr.

ZABALO ESCUDERO, M^a Elena. «Artículo 16.1», Albaladejo, S. eta Díaz Alabart (Zuzen.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2. ed., Madril, EDERSA, I, 2 bol., 1995, 1265-... orr.

Retos de futuro para el autogobierno vasco: amenazas, mecanismos de defensa y propuestas “de lege ferenda”*

ÁLVARO CASTILLO CORDERO

5º Doble Grado en Derecho + Relaciones Internacionales

Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 16/09/2019

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 8/11/2021

Resumen: El presente estudio tiene por objeto examinar las diferentes amenazas que ha sufrido el autogobierno vasco en los últimos tiempos. Para ello, tras una aproximación al marco legal vigente, se analizan algunos supuestos de quebrantamiento de la autonomía que Euskadi tiene reconocida por el Bloque de constitucionalidad. Una vez expuestas las amenazas, este trabajo pretende concretar algunos de los medios de protección del autogobierno vasco, tales como la introducción de cláusulas de excepcionalidad foral en la legislación estatal. Finalmente, se aborda, asimismo, el funcionamiento del derecho histórico del pase foral y las posibilidades de su actualización y adaptación para arbitrar las discrepancias entre el Estado y Euskadi.

Palabras clave: Autogobierno vasco, medidas de protección, cláusula de excepcionalidad foral, pase foral.

*Trabajo premiado en la IV Edición del “Premio Adrián Celaya para Jóvenes Juristas”, otorgado por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, en septiembre de 2019.

Euskal autogobernurako erronkak. Mehatxuak, babes lanabesak eta “lege ferenda” proposamenak

Laburpena: Azterketa honetan barruratzen dira euskal autogobernuak azken aldie-tan izan dituen mehatxuak. Hartara, indarrean dagoen lege araubiderako hurbilketa egin ondoren, Konstituzionaltasun Guneak Euskadiri aitortzen dion autonomiaren urraketa kasu batzuk ikertzen dira. Horiek azaldu ondoren, lan honek zehaztu nahi ditu autogobernu horrek dituen baliabide batzuk, bere babes a ziurtatzeko, hala nola estatu mailako legerian foru salbuespen klausulak ezartzea. Azkenik, ikertzen da, orobat, foru baimenaren ibilbide historikoa eta hori eguneratzeko eta egokitzeko auke-rak, Estatuaren eta Euskadiren arteko desadostasunak arbitratzeko eta bideratzeko.

Gako-hitzak: euskal autogobernua, babes neurriak, foru salbuespen klausula, foru baimena.

Future challenges to Basque self-government. Threats, defense mechanisms and proposals for “lege ferenda”

Abstract: The object of this study is the examination of different threats that the Basque self-government has suffered in recent times. Therefore, after an approach to the legal system in force, we analyze some breakages of the legal autonomy of the Basque Country Region, which is granted by the Constitution. Once these menaces are identified, this works tries to describe some of the Basque self-government protection means; such as the introduction in the National regulation of clauses such as the Charter Law Exceptionality. Finally, the study comes to the historical “pase foral” and the possibilities of its actualization and adaptation to arbitrate the discrepancies between Spain and the Basque Region.

Key words: Basque self-government, protection means, Charter Law Exceptionality clause, “pase foral”.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNAS AMENAZAS AL AUTOGOBIERNO VASCO DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978: 2.1 Marco legal desde 1978. 2.2 Estatuto de Autonomía del País Vasco. 2.3 Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico y STC 76/1983. 2.4 Leyes básicas del Estado. 2.5 Legislación Recentralizadora. 2.6 Tribunal Constitucional. 2.7 Estabilidad Presupuestaria y clausulas horizontales. 2.8 Reforma de la Ley de bases de régimen local. 2.9 Armonizaciones encubiertas. 2.10 Ejecución de normativa europea. III. MECANISMOS DE DEFENSA DEL AUTOGOBIERNO PACTADO: 3.1 Cláusulas de excepcionalidad foral en la legislación estatal. 3.2 Blindaje de las Normas Forales Fiscales. IV. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA: 4.1 Actualización de un derecho histórico: el pase foral. Bilateralidad y Concierto Político. 4.2 Otras propuestas. V. CONCLUSIONES. VI. LISTADO DE REFERENCIAS.

LISTADO DE ABREVIATURAS

ADIF	Administrador de Infraestructuras Ferroviarias
CAV	Comunidad Autónoma Vasca
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CFN	Comunidad Foral de Navarra
CORA	Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas
DA	Disposición Adicional
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco
JJGG	Juntas Generales
LGUM	Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado

LILE	Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi
LO	Ley Orgánica
LOAPA	Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORAFNA	Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LPAut	Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico
LSAL	Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local
LTH	Ley de Territorios Históricos - Ley 27/83, de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones comunes de la comunidad autónoma y los órganos forales de sus territorios históricos
NFF	Normas Forales Fiscales
PNV	Partido Nacionalista Vasco
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TTHH	Territorios Históricos
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

Desde la aprobación de la Constitución Española en 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco en 1979, la Comunidad Autónoma Vasca ha consolidado un autogobierno singular y amplio en comparación con otras nacionalidades y regiones del Estado y otras realidades territoriales similares en la Unión Europea. Sin embargo, son muchas las vulneraciones que ha sufrido el autogobierno vasco, empezando por el incumplimiento del Estatuto de Gernika 40 años después de su ratificación, pasando por legislación recentralizadora, y terminando por la consolidación de doctrina uniformizadora por parte del Tribunal Constitucional.

El objetivo del presente trabajo es analizar las distintas amenazas que ha sufrido el autogobierno vasco en los últimos tiempos. Para ello, tras una aproximación al marco legal, se enunciarán algunos casos que constituyen quebrantamientos de la autonomía que Euskadi tiene reconocida por el bloque de constitucionalidad. Expuestas las amenazas, este trabajo persigue concretar algunas medidas de protección del autogobierno vasco, entre las que cabe señalar, por ejemplo, la actual técnica de introducción de cláusulas de excepcionalidad foral en la legislación estatal. Por último, se propone explorar soluciones que acaben definitivamente con algunas vulneraciones concretas que podrían ser calificadas como de falta de lealtad institucional, tratando de exponer el funcionamiento del derecho histórico del pase foral, que fue, en la historia foral, un instrumento diseñado con este mismo objetivo, y reflexionar sobre las posibilidades de que ofrece su actualización y adaptación para arbitrar las discrepancias entre el Estado y Euskadi.

El principal motivo que me ha llevado a elegir este tema para elaborar el Trabajo de Fin de Grado es la vigencia que tiene el debate sobre la profundización en el autogobierno, al hilo de las propuestas presentadas en la Ponencia de Autogobierno en el Parlamento Vasco; así como el

sentir general de que, en vísperas del cuarenta aniversario de la aprobación del Estatuto de Gernika, la vía estatutaria ha sido exitosa para la CAV, si bien existe amplio margen de mejora, especialmente atendiendo a las garantías de cumplimiento de lo pactado y reconocido por el bloque de constitucionalidad.

En relación con la metodología empleada, cabe señalar que el estudio se ha basado en el análisis de la doctrina, de los diferentes autores, referenciados según el método continental, de la jurisprudencia del TC, así como de fuentes administrativas y de la propia legislación, poniendo el énfasis en la autonómica y la estatal.

II. ALGUNAS AMENAZAS AL AUTOGOBIERNO VASCO DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

2.1 Marco legal desde 1978

Atendiendo al Título VIII de la CE, sobre Organización Territorial del Estado, y partiendo de que España se configura territorialmente, según el artículo 137 de su Constitución, en municipios, provincias –Territorios Históricos, en nuestro caso– y Comunidades Autónomas, parece claro que el objetivo de los constituyentes era la creación de un Estado descentralizado. Esto se reafirma mediante el reconocimiento del ‘derecho a la autonomía’ en el marco de una ‘indisoluble unidad’ del estado, derecho cuyas titulares son las ‘nacionalidades y regiones’, según el artículo 2 de la CE.

La descentralización se garantiza también con el reconocimiento de la autonomía de los Municipios y Provincias para gestionar sus intereses, debiéndoles permitir que participen en los “asuntos que le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la realización

entre intereses locales y supralocales dentro de esos asuntos”¹, según recoge la STC 32/1981. Este espíritu de protección a la autonomía local coincide con el de las CCAA², dicta la STC 4/1981, si bien éstas gozan también de autonomía política, como sucede en el caso de los TTHH.

Si bien el derecho a la autonomía se consagra en el artículo 143.1 de la CE, Euskadi, al igual que Cataluña, Galicia y Andalucía accede a ésta mediante el sistema especial del artículo 151 de la CE y Disposición Transitoria 2ª, que exige ser aprobado en cada provincia mediante plebiscito con la mayoría de los votos emitidos; plebiscito llevado a cabo en 1979, que permitió aprobar la vigente Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco³.

El citado sistema especial difiere del empleado por Navarra para constituirse como Comunidad Foral, que se apoya en la DA 1ª de la CE, para amparar un acuerdo entre la Administración del Estado y la Diputación Foral de Navarra que alumbró la LO 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra⁴.

En suma, los Estatutos están formados por normas jurídicas, y poseen naturaleza normativa, como establece el artículo 147 de la CE. Pese a que la supremacía de la CE respecto a los Estatutos, también al de Gernika, es incuestionable, éstos forman parte del ‘bloque de constitucionalidad’ que, según RUBIO LLORENTE⁵, es el conjunto de normas y principios que, si

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 32/1981, de 28 de julio, F.j. 4.

² Sentencia del Tribunal Constitucional nº 4/1981, de 24 de febrero, F.j. 3.

³ Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco. *Boletín Oficial del Estado*, 22 de diciembre de 1979, nº 306.

⁴ Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. *Boletín Oficial del Estado*, 16 de agosto de 1982, nº 195, p. 22060.

⁵ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “El Bloque de Constitucionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Septiembre/diciembre 1989, nº 27, pp. 9-37.

bien no aparecen en el articulado de la CE, se emplean como parámetros de control de constitucionalidad de otras disposiciones normativas. En este sentido, del artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁶ podemos deducir que una Ley del Estado que vaya contra el Estatuto vasco sería inconstitucional.

Sin perjuicio de lo dispuesto, autores como AGUADO RENEDO⁷ esgrimen que no cabe considerar los Estatutos como normas cuasi-constitucionales, ni resaltar un carácter pactado de estas, al no ser España una federación constituida por la renuncia de soberanía originaria de entes territoriales, sino una un Estado sometido a un proceso de descentralización. Por el contrario, autores como LARRAZABAL BASAÑEZ⁸ recogen que las teorías entorno al régimen foral, concebido por muchos como un pacto, como se abordará mas adelante; régimen foral actualizado mediante el Estatuto de Autonomía y la Constitución, en el caso vasco, según el Fundamento Jurídico 4º de la STC 11/1984⁹.

En cualquier caso, es pacífico que el reparto de competencias no se limita a lo dispuesto en la Constitución, debiendo consultarse también los Estatutos de autonomía¹⁰.

⁶ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. *Boletín Oficial del Estado*, 5 de octubre de 1979, nº 239.

⁷ AGUADO RENEDO, César. “De nuevo sobre la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía, con motivo de los procesos de reforma”. *Asamblea: revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. 2007, nº 17, pp. 283-306.

⁸ LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago. *Contribución a una teoría de los Derechos Históricos*. Bilbao: IVAP, 1997.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional no.11/1984, de 2 de febrero, F.j. 4.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional no. 10/1982, de 21 de abril, F.j. 2.

2.2 Estatuto de Autonomía del País Vasco

El Estatuto de Gernika, al igual que el del resto de Comunidades Autónomas, es la ‘norma institucional básica’ de Euskadi, según se dispone en el artículo 147 de la Constitución, habiendo Euskadi accedido a la autonomía por la vía del artículo 151 CE.

El EAPV, como piedra angular del autogobierno vasco ha permitido a Euskadi gozar de un grado de *self-rule* o autonomía institucional notable, según el índice de Autonomía Regional de Hooghe, Marks y Schakel¹¹, como recoge Sandra LEÓN, en comparación con otras realidades europeas. Si bien a raíz de este índice se concluyó que la debilidad del autogobierno vasco es su bajo *shared-rule*, o capacidad para co-determinar la voluntad del Estado, es preciso señalar que hay un amplio margen de mejora del *self-rule*, sin necesidad explícita de acometer reformas constitucionales.

Ciertamente, la redacción del EAPV contiene disposiciones sobre competencias que aun ejerce el Estado en la CAV. El ‘cumplimiento’ íntegro del Estatuto, es decir, completar los traspasos en favor del País Vasco de todas las materias recogidas en él, ha sido una de las prioridades de los distintos ejecutivos –y legislativos– vascos desde los inicios de la era autonómica; no en vano, desde el ‘Informe Zubía’, de 1993, hasta el reciente ‘Informe sobre Actualización de las Transferencias Pendientes a la Comunidad Autónoma del País Vasco’¹² se han enumerado estas materias. En éste se especifica que se trata de 37 materias pertenecientes a 11 áreas distintas: desde desarrollo económico e infraestructuras, hasta

¹¹ LEÓN, Sandra. “¿Cuánto autogobierno tiene Cataluña?”. *Eldiario.es*, 30 de octubre de 2017. https://www.eldiario.es/piedrasdepapel/autogobierno-Catalunya_6_702789750.html (Última consulta 4 de abril de 2019).

¹² GOBIERNO VASCO. Informe Sobre Actualización de las Transferencias Pendientes a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Vitoria-Gasteiz: *Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco*, 2017.

trabajo y justicia, cubriendo materias de calado como ‘Gestión del régimen económico de la seguridad social’ (art 18 EAPV y Disposición Transitoria 5ª EAPV) o los ‘puertos aeropuertos de interés general’ (arts. 10.32 y 12.8 EAPV).

Pese al amplio autogobierno de Euskadi, algunas materias por transferir son una realidad en otras CCAA. Un ejemplo es ‘la organización, régimen y funcionamiento’ de los centros penitenciarios contenida en los arts. 10.14 y 12.1 EAPV, que, en el marco de la jurisprudencia del TC, limitando actuaciones unilaterales de las CCAA¹³, ha sido transpasadas a Cataluña mediante los Reales Decretos 3482/1983¹⁴ y 131/1986¹⁵.

Una de las últimas transferencias llevadas a cabo es la de los tramos de la AP1 y AP68 en su paso por Euskadi¹⁶. Otra de estas transferencias, la de las líneas de ADIF 08-782 Basurto-Hospital Ariz y la 08-784 Irauregi-Lutxana Barakaldo¹⁷, cuyo itinerario se desarrolla en su totalidad por territorio de la CAV, de modo que es ‘intracomunitaria’. Además, ha

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 14/2004, de 10 de marzo, F.j. 5.

¹⁴ Real Decreto 3482/1983, de 28 de diciembre, sobre traspasos de servicios del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de Administración Penitenciaria. *Boletín Oficial del Estado*, 20 de febrero de 1984, nº 43, p. 4521.

¹⁵ Real Decreto 131/1986, de 10 de enero, sobre ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados a la Generalidad de Cataluña en materia de Administración Penitenciaria. *Boletín Oficial del Estado*, 1 de febrero de 1986, nº 28, p. 4391.

¹⁶ Real Decreto 1414/2018, de 3 de diciembre, de ampliación de funciones y servicios de la Administración del Estado traspasados a la Comunidad Autónoma del País Vasco por el Real Decreto 2769/1980, de 26 de septiembre, en materia de carreteras. *Boletín Oficial del Estado*, de 5 de diciembre de 2018, no. 293, p. 11978. Aprobada por el Decreto 174/2018, de 3 de Diciembre. *Boletín Oficial del País Vasco*, 3 de diciembre de 2018, nº 234.

¹⁷ GOBIERNO VASCO. El Gobierno Vasco requiere al español que retire del último catálogo de ADIF dos líneas de tren competencia exclusiva de Euskadi (Consejo de Gobierno 17-04-2018). Vitoria-Gasteiz: *Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno*, 2018.

sido el Tribunal Constitucional quien, mediante la STC 124/2016¹⁸ y en respuesta a recurso interpuesto por el ejecutivo vasco, ha dictaminado que deben ser gestionadas por la esta Administración. Así, en ocasiones, el traspaso no ha respondido tanto a voluntad política descentralizadora, sino al cumplimiento de los mandatos del TC.

Las anteriores transferencias se produjeron en la legislatura 2008-2011, bajo un gobierno en minoría. En esta época fue se transfirieron las ‘políticas activas de empleo’¹⁹. El siguiente Gobierno del Estado (2011-2015), en cambio, contó con una mayoría absoluta que lo respaldaba en el Congreso, de modo que se interrumpió el proceso de transferencias. Aun así, las transferencias han acontecido bajo gobiernos de distinto color político, si bien los avances en la legislatura 2008-2011 fueron notorios, ha de destacarse también el desarrollo del autogobierno fruto de los pactos Aznar (1996), especialmente en lo relativo al Concierto Económico, la formación continua y las telecomunicaciones²⁰.

Teniendo en cuenta el patrón común de necesidad política del ejecutivo español, independientemente del partido que lo lidere, bajo el cual se desarrollan las transferencias, y la ausencia de éstas cuando el Gobierno del Estado cuenta con mayorías fuertes y no necesita acuerdos con formaciones que reivindican el cumplimiento íntegro del Estatuto, autores como OLLORA OCHOA DE ASPURU sentencian que las relaciones entre las administraciones estatal y autonómica se caracterizan por el ‘puro mercadeo

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 124/2016, de 28 de julio, F.j. 6.

¹⁹ GALENDE, José Luis. “Euskadi recibe por fin las políticas activas de empleo”. *El Correo*, 28 de octubre de 2010. <https://www.elcorreo.com/vizcaya/20101028/economia/euskadi-recibe-politicas-activas-201010281329.html> (Última consulta 17 de abril de 2019).

²⁰ AIZPEOLEA, Luis R. “Aznar culmina su estrategia de pactos al asegurarse el apoyo del PNV a su investidura”. *El País*, 1996. https://elpais.com/diario/1996/04/30/espasa/830815221_850215.html (Última consulta 20 de marzo de 2019).

político’²¹. Es por esto que este autor concluye que el desarrollo estatutario, es decir, el cumplimiento de una Ley Orgánica de 1979, aun imperfecto, se ha transformado en un ‘arma política’. En suma, se denuncia que el modelo autonómico en vigor en España adolece de instrumentos para requerir la transferencia de competencias reconocidas a las CCAA en su norma institucional básica cuando el Gobierno del Estado ‘no sabe, no contesta’, dependiendo, así, el cumplimiento de la Ley de la necesidad política.

Coincidiendo con OLLORA, ARTOLA²² también describe este fenómeno de cumplimiento legal según necesidad política del gobierno central; y lo hace en un artículo con un título sugerente: “Estatuto de Gernika. Ley o Mercado”. Para CONDE ÁLVAREZ las transferencias responden a ‘transacciones de carácter político’²³ ante la necesidad de apoyo del partido en el Gobierno Central. Por su parte, JAUREGI BERECIARTU añade que las transferencias de mayor dificultad se han producido cuando las relaciones entre autoridades centrales y autonómicas estaban en ‘en tiempos de bonanza’²⁴.

En conclusión, pese a las potencialidades que ofrece el EAPV, el nivel de autonomía que se obtenido ha sido menor al esperado por falta de voluntad del Gobierno Central, siempre dependiente de su necesidad política. El desarrollo estatutario, cumplimiento de la Ley, no ha sido posible hasta ahora sin gobiernos centrales en minoría.

²¹ OLLORA OCHOA DE ASPURU, Juan M^a et. al. *Miradas sobre Euskadi*. Irún: Alberdania, 2004, p. 206.

²² ARTOLA, Miguel Ángel. “Estatuto de Gernika. Ley o mercado. En *Cambio* 16, n^o 1549, 2001, pp. 22-23.

²³ CONDE ÁLVAREZ, Begoña. “El Estatuto de Gernika a examen”. En *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n^o 29, 2017, pp. 261-284.

²⁴ JAUREGI BERECIARTU, Gurutz. “El Estatuto de Gernika: una mirada retrospectiva”. En *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, n^o 12, 2015, pp. 9-35.

2.3 Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico y STC 76/1983

Además del incumplimiento del Estatuto, otra de las amenazas al autogobierno fue el intento de ‘armonizar el Estado Autonómico’ con base en el artículo 150.3 de la CE, tratando de imponer el ‘café para todos’ en palabras de SANTAMARÍA ARINAS²⁵, mediante el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico²⁶ (LOAPA). La STC 76/1983 frustró en parte este intento armonizador.

Por un lado, se argumentó que se trataba de ajustar las estructuras del Estado a una nueva realidad en la que las CCAA comenzaran a desempeñar competencias legislativas y ejecutivas. Por otro lado, y frente a esta tesis de ‘racionalización administrativa’, autores como PAREJO ALFONSO han esgrimido que se trata de un “‘intento de rectificar el modelo territorial”²⁷ autonómico, sin reforma constitucional. Por consiguiente, y debido al carácter de nacionalidad histórica de una Euskadi con verdadera vocación de autogobierno, la oposición a la LOAPA fue frontal. Esta oposición se cristalizó mediante el entonces existente recurso previo de inconstitucionalidad, al amparo del entonces vigente art. 79 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal

²⁵ SANTAMARÍA ARINAS, René Javier. “Del ruido de sables a la algarabía de los mercados: la LOAPA vista desde las atípicas armonizaciones de hoy”. En *Iura Vasconiae*, n° 12, 2015, pp. 155-183.

²⁶ Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, aprobado por el Congreso y por el Senado, con fecha 29 de julio de 1982. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 23 de julio de 1982, Senado, Serie II, n° 284.

²⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, “Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 de agosto de 1983, relativa al Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, n° 9, pp. 147-184.

Constitucional²⁸ (LOTC), posteriormente derogado por la LO 4/1985, de 7 de junio²⁹. Vía y procedimientos estos que SANTAOLALLA LÓPEZ no considera adecuados³⁰ desde el plano ‘constitucional’ y ‘jurídico-político’.

Pese al intento uniformizador, la STC 76/1983, de 5 de agosto estimó ‘parcialmente los recursos acumulados’³¹, argumentando que el proyecto de LOAPA no podía promulgarse ni como Ley Orgánica, ni como Ley armonizadora, al amparo de sus Fundamentos Jurídicos segundo y tercero, respectivamente, en base a la inconstitucionalidad de 14 de sus 38 preceptos. El Fundamento Jurídico cuarto sanciona que se trata de una ley que interpreta la Constitución. A este respecto, la crítica yace en colocar al legislador en lugar que del constituyente y el TC. CRUZ VILLALÓN lo desmiente, al entender que el TC es el interprete supremo, pero ‘no exclusivo de la CE’³². BUSTOS GISBERT matiza esto aludiendo a que el TC pretende preservar el ‘sistema abierto’ diseñado por la CE, así como el equilibrio entre ‘homogeneidad y diversidad’³³.

²⁸ Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se deroga el capítulo II del título VI de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de junio de 1985, n° 137, p. 17286.

²⁹ SANTAMARÍA ARINAS, René Javier. *Del ruido... Op. cit.*, pp. 155-183.

³⁰ SANTAOLALLA LOPEZ, Fernando. ‘Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad y adición sobre la LOAPA’. En *Revista de Derecho Público*, 1983, n° 18-19, pp. 177-190.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 76/1983, de 5 de agosto, F.j. 2 y 3.

³² CRUZ VILLALÓN, Pedro. “¿Reserva de Constitución? (comentario al Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA)”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, n° 9, pp. 185-208.

³³ BUSTOS GISBERT, Rafael. *Las tensiones del Estado autonómico: una revisión a partir de la sentencia sobre la LOAPA 22 años después*. En SÁNCHEZ MACÍAS, José Ignacio; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando CALVO y ORTEGA, Rafael. En *Economía, Derecho y tributación: estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*, Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2005, pp. 507-524.

Ante el fracaso de la LOAPA, el legislativo español terminó aprobando la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico³⁴ (LPAut), que deja fuera los artículos interpretativos y resulta menos lesiva para las CCAA con gran vocación de autogobierno. Para ALBERTI ROVIRA, no cabe duda de lo decisiva que resultó la STC 76/1983 en la configuración territorial del Estado. Una sentencia diferente habría condicionado el desarrollo autonómico, que hubiera sido ‘muy diferente’³⁵. Ciertamente, se descarta que el Estado acuda a la técnica armonizadora, al disponer de otros medios.

MUÑOZ MACHADO ha matizado que, pese a la victoria de los recurrentes³⁶, parte de las pretensiones del legislador han quedado patentes en la práctica tras la sentencia; no en vano, señala que los recurrentes podrían haber ‘ido a por lana y vuelto esquilados’. Lo que sí quedó claro en una sentencia anterior, la STC 37/1981, es que el recurrente principio de igualdad entre CCAA no debe interpretarse como ‘rigurosa y monolítica uniformidad’³⁷ de su configuración jurídica. Y es que, la autonomía implica capacidad de decisión en el ejercicio de las competencias. Además, la redacción de la CE, que reconoce el concierto económico vasco permite, según TRUJILLO, excepciones al régimen constitucional³⁸ común, avalando la diversidad.

³⁴ Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de octubre de 1983, n° 247, p. 27972.

³⁵ ALBERTI ROVIRA, Enoch. “La Sentencia 31/2010: valoración general de su impacto sobre el Estatuto y el estado de las autonomías”. En AAVV, Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, número monográfico de la *Revista Catalana de Dret Públic*, 2010, p. 11.

³⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. “La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones (la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983: asunto LOAPA)”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, n° 9 pp. 117-146.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 37/1981, de 16 de noviembre, F. j. 1.

³⁸ TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo. “Homogeneidad y asimetría en el Estado autonómico: contribución a la determinación de los límites constitucionales de la forma territorial del Estado”. En *Revista de Documentación Administrativa*, 1992-1993, n° 232-233, p. 119.

Avalando estas tesis, cabe indicar que la autonomía implica la capacidad de las nacionalidades como Euskadi de decidir ‘cuándo y cómo ejercer sus propias competencias’ con respeto a la CE y al EAPV. Derivado de este ejercicio pueden emerger ‘desigualdades en la posición jurídica’ de la ciudadanía en distintas CCAA, lo cual no contraviene preceptos constitucionales básicos, tal y como avala la STC 37/1987³⁹.

Queda claro, no obstante, que la LOAPA, ha supuesto un punto de inflexión y ha otorgado más poder al Estado frente a las CCAA, pese a declarar el TC la inconstitucionalidad el título I de la LOAPA, abriendo el camino a una merma significativa del autogobierno vasco; de ahí lo de volver, los recurrentes, esquilados. En efecto, se permite al Estado armonizar mediante otros ‘títulos legislativos’⁴⁰.

2.4 Leyes básicas del Estado

Las leyes de bases o básicas, amparadas por el art. 149.1.18 CE, regulan aspectos materiales de interés general y que reclaman regulación uniforme en todo el Estado, siendo obligatorias, y no pudiendo ser contradichas por la normativa autonómica que las desarrolle. A pesar de ello, GARRIDO FALLA considera que el Estado no debe abusar del concepto de ‘bases’⁴¹ reduciendo a mínimos la potestad normativa de las CCAA.

Esta tesis, compartida por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ y mayoritaria en la doctrina, reconoce que las leyes que desarrollen esas bases deben

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 37/1987, de 26 de marzo, F.j. 10.

⁴⁰ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La interpretación...* Op. cit., pp. 155-183.

⁴¹ GARRIDO FALLA, Fernando. ‘El Desarrollo Legislativo de las normas básicas y leyes marco estatales por las Comunidades Autonomas’. En *Revista de Administración Pública*, 1981, nº 94, p. 11.

respetarlas, si bien el Estado debe ‘dictar solamente las bases’⁴², y no un texto articulado, pues bloquearía la legislación autonómica de desarrollo. No obstante, la extensión de las bases dista mucho de respetar la autonomía, mermando la exclusividad autonómica fruto de una excesiva intervención del legislador estatal. Según JAUREGI BERECIARTU el Estado concibe de forma ‘expansiva’⁴³ la legislación básica, cercenando la autonomía normativa vasca.

2.5 Legislación Recentralizadora

Unas bases demasiado extensas pueden considerarse centralizadoras. No obstante, son muchas las Leyes Ordinarias que, sin revestirse de un carácter básico, pueden considerarse recentralizadoras. Un ejemplo de estas es la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario⁴⁴, acusada de emplear abusivamente términos imprecisos como ‘interés general’ como excusa para empoderar a la Administración central, en perjuicio del criterio territorial. Y es que, la STC 245/2012 establece de forma clara la importancia del criterio territorial que considera ‘esencial’, denunciando que esta Ley ignora el criterio territorial, basándose únicamente en nociones del interés general ajenas al espíritu de los artículos ‘148.5 y 149.1.21’ de la Constitución, y del bloque de constitucionalidad⁴⁵, en general; no en vano, la Ley 39/2003 ha sido derogada.

⁴² FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramón. “El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. En *Revista de estudios de la vida local*, 1979, n° 201, pp. 10-36.

⁴³ JAUREGI BERECIARTU, Gurutz. *El Estatuto... Op. cit.*, pp. 9-35.

⁴⁴ Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. *Boletín Oficial del Estado*, 18 de noviembre de 2003, n° 276.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 245/2012, de 18 de diciembre, F.j. 7.

El poder político estatal no siempre ha sido respetuoso con las competencias vascas. Otro ejemplo pueden ser las intromisiones en la sanidad vasca, máxime cuando se trata de una competencia del País Vasco (art. 18.1 EAPV). Por tanto, los intentos de homogeneizar las retribuciones de los trabajadores de la sanidad⁴⁶ suponen un intento recentralizador, superando, con creces, el concepto de bases.

2.6 Tribunal Constitucional

Tras el fracaso de la LOAPA, y pese a la vigencia del art. 150.3 CE complementado por el art.1 LPAut, la vía de las leyes de armonización, *stricto sensu*, continuó abierta. Sin embargo, la Administración central halló un camino más sencillo. Ciertamente, el TC ha avalado la interpretación expansiva de lo ‘básico’, además de otros ‘malabarismos jurídicos’⁴⁷ a la hora de interpretar los títulos del art. 149.1 de la CE, cuyo contenido se ha ido ampliando debido al contexto de globalización económica.

Además, la doctrina del TC ha cambiado significativamente. En un principio, fue este tribunal el garante de los derechos históricos en sentencias como la STC 76/1988⁴⁸. Más recientemente, pareció haber asumido las ambiciones más recentralizadoras de la LOAPA, como ya se ha analizado, e impuso, posteriormente, una interpretación expansiva de las

⁴⁶ GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR EN EL SENADO. “Moción por la que se insta al Gobierno a promover la creación de un grupo de trabajo que estudie las bases para homogeneizar las retribuciones de los profesionales de los centros dependientes del sistema nacional de salud”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 14 de mayo de 2018, n° exp.662/000111.

⁴⁷ NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. *La transposición de directivas ambientales en el Estado autonómico*. En ARZOZ, Xabier (dir.). *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Barcelona: Institut d’Estudis Autonòmics, 2013, pp. 281-344.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 76/1988, de 25 de mayo, F.j. 1.

‘materias horizontales’⁴⁹. Sin embargo, en los últimos tiempos, asistimos a un ‘retroceso del valor de la autonomía’, con la pérdida de poder legislativo de los parlamentos autonómicos bajo la excusa del pretexto de crisis económica. Lo que más preocupa de dicha devaluación de la autonomía es que el Tribunal Constitucional no la impida. Incluso en el seno de este órgano ha habido discrepancias a este respecto, manifestadas estas mediante sonados votos particulares de los magistrados Adela Asúa Batarrita y Luis Ignacio Ortega Álvarez a la STC 161/2014⁵⁰:

“En definitiva, la Sentencia aporta un nuevo estreñimiento de las competencias ejecutivas autonómicas, que se añade a otros pronunciamientos recientes, los cuales, si no se corrigen, terminarán redundando en una erosión del sistema de distribución competencial establecido por la Constitución. Por ello, queremos expresar nuestra preocupación por la merma de rigor jurídico que se viene manifestando en los últimos tiempos en nuestra doctrina al resolver cuestiones competenciales”⁵¹.

Por consiguiente, siguiendo el cambio de doctrina del TC, que partía de un reconocimiento y defensa del autogobierno de las CCAA, y ha derivado en permitir una clara recentralización, puede concluirse que el autogobierno vasco se ve doblemente vulnerado. En primer lugar, por parte del legislador estatal. Y, en segundo lugar, por parte de la última jurisprudencia del TC. Así, éste ya no parece un mero interprete de la CE, que ampara y respeta los derechos históricos. Además, pese a la interpretación de las competencias horizontales impuesta por el TC, la practica reciente del legislador estatal, con la connivencia del TC, demuestra que

⁴⁹ SANTAMARÍA ARINAS, René Javier. *Del ruido...* Op. cit., pp. 155-183.

⁵⁰ Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. *Boletín Oficial del Estado*, 18 de noviembre de 2003, n° 276.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 161/2014, de 7 de octubre, V. p. 1.

la exclusividad de competencias que imponen algunos Estatutos se ha desvirtuado, puesto que el Estado puede terminar interviniendo en todas las materias para las que las competencias horizontales le faculten.

2.7 Estabilidad Presupuestaria y cláusulas horizontales

Otra de las erosiones del autogobierno fue la reforma constitucional ‘expres’ realizada a través del procedimiento de urgencia el 27 de septiembre de 2011 para reformar el art. 135 de la CE, que fortalece la intervención del Estado en la capacidad de autogobernarse de las CCAA. De esta forma, el principio de estabilidad presupuestaria obliga a todas las Administraciones, principio concretado mediante la LO 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y financiera⁵². Este entramado legislativo ‘delimita el marco de las políticas de austeridad’⁵³ para evitar el rescate de España, y se concreta, a su vez, en el art. 149.1.13 de la CE, que respalda la ordenación de los sectores económicos. Las reformas estructurales de diversos sectores al albur del principio de sostenibilidad financiera han sido empleadas por el Estado para fomentar un modelo de gobernanza cada vez más centralista, que, como señalan Asúa Batarrita y Ortega Álvarez, ha desvirtuado el reparto competencial previsto por el bloque de constitucionalidad.

En este sentido, las palabras del Consejero de Justicia Josu Erkoreka en la reunión Comisión de Seguridad y Justicia del Parlamento Vasco resultan muy concluyentes al señalar que la crisis económica se empleó como ‘coartada por el Estado para llevar a cabo una auténtica mutación del bloque de la constitucionalidad’⁵⁴. Y es que, la

⁵² Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de abril de 2012, n° 103.

⁵³ SANTAMARÍA ARINAS, René Javier. *Del ruido...* Op. cit., pp. 155-183.

⁵⁴ EUSKO LEGEBILTZARRA-PARLAMENTO VASCO. Erakunde, Seguritasun eta Justizia Batzordeak 2013ko otsailaren 20an egindako Bilkuraren hitzez hitzeko transkripzioa. Vitoria-Gasteiz: *Parlamento Vasco*, p. 4.

autonomía prevista para Euskadi no se puede limitar a ejecutar recetas políticas del Estado.

2.8 Reforma de la Ley de bases de régimen local

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local⁵⁵ (LRSAL), se promulgó con base al art. 149.1.14 y 149.1.18 de la CE. Según DOMINGO ZABALLOS esta ley supone una ‘armonización encubierta’⁵⁶, al no seguir el procedimiento del art. 150.3 CE. En efecto, al ser la LBRL una ley ordinaria, no cabe que se armonice por esta vía leyes autonómicas⁵⁷, ni siquiera la imposición de requisitos a futuras leyes estatales, según ZAFRA VÍCTOR. Pese a las ambiciones recentralizadoras de esta norma, su aplicación en Euskadi depende también de la reciente Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi⁵⁸ (LILE), y los ‘acuerdos’⁵⁹ a que se ha llegado a este respecto, tal y como recoge JIMÉNEZ ASENSIO. A destacar, en cuanto a la aplicación en la CAV, la modificación de la DA 2ª de la

⁵⁵ Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de diciembre de 2013, nº 312.

⁵⁶ DOMINGO ZABALLOS, Manuel J. *Reforma del régimen local. Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014, p. 40.

⁵⁷ ZAFRA VÍCTOR, Manuel. *Análisis y valoración sobre la constitucionalidad de la LRSAL*. En CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar (coords.). “La reforma del régimen jurídico de la administración local”, Madrid: *La Ley-El Consultor*, 2014, p. 78 y VILLAR ROJAS, Francisco José. “Razones y contradicciones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *El Cronista*, 46, 2014.

⁵⁸ Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi. *Boletín Oficial del Estado*, 2 de mayo de 2016, nº 105, p. 29277.

⁵⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. “La reforma local vasca: del régimen local a las instituciones locales”. Zaragoza: *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2016, p. 280.

LBRL, y la DA 8ª de la Ley de Haciendas Locales⁶⁰, así como la propia DA de la LRSAL.

2.9 Armonizaciones encubiertas

Como demuestra la LRSAL, además de la armonización expresa que prevé el art. 150.3 CE –procedimiento de tramitación especial–, ha habido otras vías para armonizar. Una de esas vías es la armonización encubierta para proteger la unidad económica del Estado al amparo del art. 149.1.13, mediante leyes ordinarias⁶¹, a diferencia de lo exigido por el art. 150.3 CE. Veamos algunos ejemplos concretos.

Un ejemplo claro de esta armonización fue la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, la Directiva Bolkestein, que buscaba fomentar la creación de empresas mediante el fomento de un entorno más favorable. Para ello, como recoge SANTAMARÍA ARINAS se dictó la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la “Ley paraguas”, que fijaba unos criterios claros y uniformes en cuanto al régimen de concesión de autorizaciones⁶², por lo que el Consejo de Estado⁶³ aconsejó armonizar las normas legales o reglamentarias a este respecto. Esta ley, a la

⁶⁰ Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. *Boletín Oficial del Estado*, 9 de marzo de 2004, nº 59.

⁶¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Barcelona: Crítica, 2012, p. 199.

⁶² SANTAMARÍA ARINAS, René Javier. *Del ruido... Op. cit.*, p. 174.

⁶³ CONSEJO DE ESTADO. Dictamen del Consejo de Estado sobre Anteproyecto de Ley sobre Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios. *Boletín Oficial del Estado*, 18 de marzo de 2009, nº 99/2009.

que se otorgó carácter básico, redujo la potestad reguladora de las CCAA en materias que les competen, pero no alteró las competencias ejecutivas.

Otro ejemplo fue el del Plan Nacional e Integral de Turismo del Gobierno de Rajoy. Este documento jurídico afirmaba que la materia del turismo, de competencia exclusiva de las CCAA (art. 148.1.18 CE), deriva en una diversidad normativa que supone un problema para el sector⁶⁴. Parece, como mínimo, poco respetuoso que Estado en su normativa y documentos esgrima que su reparto competencial no es el adecuado.

Todo el proceso recentralizador tiene como máxima expresión, entre otras la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado⁶⁵ (LGUM), según se establece en su Disposición Final Cuarta, pretende garantizar la igualdad entre españoles en diversos ámbitos. Siguiendo la argumentación de ALONSO MAS, el método de armonización empleado —sin seguir requerimientos expresos de la UE— no parece el más adecuado, dado que no se sigue la vía de las leyes de armonización⁶⁶. En su defecto, lo que apremia esta Ley es que en las Conferencias Sectoriales se elaboren ‘contenidos normativos uniformes’ en materias que deban regularse a nivel autonómico y municipal: la vía de la ‘armonización paccionada’⁶⁷. En cualquier caso, tal y como señala PERNÁS GARCÍA, lo que se aprecia detrás de las medidas que impregnan el articulado son planteamientos recentralizado-

⁶⁴ MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO. Plan Nacional e Integral de Turismo (PNIT) 2012–2015. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, 13 de julio de 2012, n° 84, p. 37.

⁶⁵ Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de diciembre de 2013, n° 295.

⁶⁶ ALONSO MAS, María José. *El nuevo régimen de los instrumentos de intervención de las entidades locales*. En DOMINGO ZABALLOS, Manuel J. *Reforma del Régimen*. Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 476.

⁶⁷ EMBID IRUJO, Antonio. “Informe general sobre el gobierno local en 2013”. Zaragoza: *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013*, 2014, p. 19.

res⁶⁸. empleados para recentralizar mediante títulos legislativos diferentes a los previstos para armonizar, *stricto sensu*.

En ocasiones, para aprobar legislación a nivel internacional se aclama al ‘principio de eficacia territorial’ para poder homogeneizar estándares sociales, por ejemplo. Esto lleva a que competencias que podrían ser autonómicas o forales, como la protección social, se vean mermaidas en beneficio del ámbito internacional, vaciando a estos entes infraestatales y a sus competencias de contenido. Este fenómeno ha sido denunciado por FERNÁNDEZ FARRERES, al ser dudosamente constitucional, lo cual implica que la LEGUM y sus procedimientos no parecen aceptables en términos jurídicos. El autor llega a decir que, si principios como la unidad de mercado no se aprecian compatibles con el reparto competencial, es decir, con el autogobierno legalmente reconocido a CCAA, lo que debe sugerir el legislador estatal es una reforma constitucional⁶⁹ para alterarlo, pero no cabe que se armonice por los cauces que se están siguiendo.

2.10 Ejecución de normativa europea

En algunas ocasiones, especialmente en materias de gran concreción y especialización, ha existido temor en la doctrina a la recentralización competencial en el ámbito ejecutivo por el Derecho europeo. Sin embargo, la STC 20/2013, de 10 de febrero cerró la puerta a esta recentralización, estableciendo que el reparto competencias fijado en la CE no

⁶⁸ PERNÁS GARCÍA, Juan José. *Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde*. En LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.). Observatorio de Políticas Ambientales 2014, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014, p. 444.

⁶⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. “Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”. Madrid: *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2014, n° 163, pp. 109-144.

debía alterarse por el ingreso del Estado en la Comunidad Europea, ni por la promulgación de normas en este ámbito⁷⁰. Así, se ratifica la autonomía institucional de los Estados en su aplicación del Derecho europeo

El Estado español ha llevado a cabo políticas legislativas, como la normativa básica u otros títulos competenciales, encaminadas a vaciar de forma consciente las competencias autonómicas, todo ello en beneficio del protagonismo del ejecutivo central y de entes supranacionales⁷¹, tal y como se desprende del Informe CORA.

III. MECANISMOS DE DEFENSA DEL AUTOGOBIERNO PACTADO

Vistas las vulneraciones del autogobierno vasco, cabe centrarse en mecanismos para protegerlo. En este apartado es menester mencionar las vías existentes actualmente.

3.1 Cláusulas de excepcionalidad foral en la legislación estatal

Si bien el EAPV no deja de ser una Ley Orgánica del Estado, sancionada por el Rey y aprobada por las Cortes Generales, se ha visto que ni su origen, ni sus 40 años de vigencia han servido para garantizar su cumplimiento completo. No se han transmitido todas las competencias reconocidas a Euskadi en el EAPV, y ha habido intentos de recentralizar lo transferido mediante los mecanismos anteriormente analizados.

Partiendo de la protección de la foralidad y del concierto económico, una posible respuesta puede ser la estrategia vasca de integrar cláusulas forales a las leyes estatales; en otras palabras, integrar, en forma de

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 20/2013, de 10 de febrero, F.j. 3.

⁷¹ GOBIERNO DE ESPAÑA. Reforma de las Administraciones Públicas CORA. Gobierno de España. Consejo de Ministros, 21 de junio de 2013.

Disposición Adicional, especificidades en la aplicación de la norma en los TTHH titulares de derechos históricos a tenor de la Disposición Adicional Primera de la CE, es decir, los territorios forales de Álava/Araba, Bizkaia, Gipuzkoa y Navarra. Pongamos un par de ejemplos relativamente recientes.

Un ejemplo de esto es la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales⁷², una ley ordinaria estatal que, como especifica su artículo 1, persigue regular la ‘celebración y aplicación por España de los tratados internacionales, los acuerdos internacionales administrativos y los acuerdos internacionales no normativos’. Ciertamente, las Disposiciones Adicionales Sexta y Séptima hacen referencia a los regímenes forales vasco y navarro, respectivamente, disponiendo que se incorporará la realidad vaso-navarra a la práctica internacional, y que las instituciones de estos territorios:

‘participarán en la delegación española que negocie un tratado internacional que tenga por ámbito derechos históricos tanto si su actualización general ha sido llevada a cabo por el Estatuto de Autonomía como en aquellos otros casos cuya actualización singular lo haya sido por el legislador ordinario en el marco de la disposición adicional primera de la Constitución’ y del Estatuto de Autonomía para el País Vasco’⁷³.

Otro ejemplo es la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera⁷⁴, que persigue, como explicita su artículo

⁷² Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de noviembre de 2014, n° 288, p. 96841.

⁷³ Disposición Adicional Sexta de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

⁷⁴ Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de abril de 2012, n° 103.

1, establecer ‘los principios rectores, que vinculan a todos los poderes públicos, a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público’⁷⁵. Al final de esta Ley se ubica la Disposición Final Tercera que prevé en sus apartados 1º y 2º una aplicación diferente de la norma en los territorios forales, la CFN y la CAV, respectivamente. Así, se deberá atender, además, a la Ley de Concierto Económico, o al Convenio Económico. En el caso de Euskadi, es el artículo 48 de la Ley 12/2002 por la que se aprueba el Concierto Económico⁷⁶ el que establece la coordinación y la colaboración con las instituciones estatales a este respecto.

En cualquier caso, si bien las fortalezas de esta técnica son indiscutibles, puesto que se consigue hacer respetar el autogobierno y modular la aplicación de normativa que podría vulnerarlo, se ha de ser consciente de la dificultad que comprende la inserción de este tipo de cláusulas. Lamentablemente, no puede decirse que sea el legislador estatal el que, *motu proprio*, decida incluir estas consideraciones en las normas para respetar el marco legal fijado por el bloque de constitucionalidad. Por el contrario, este tipo de cláusulas responden, por un lado, a una necesidad jurídica, pero, por otro lado, a una negociación política. En otras palabras, al ‘mercadeo político’⁷⁷ al que OLLORA OCHOA DE ASPURU hacía referencia al referirse a que el traspaso de competencias del Estatuto de Gernika solo acontecía al mediar necesidad política del Gobierno central.

⁷⁵ Artículo 1 Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

⁷⁶ Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de mayo de 2002, n° 124.

⁷⁷ OLLORA OCHOA DE ASPURU, Juan M^a. *Miradas sobre...* Op. cit., 2016.

3.2 Blindaje de las Normas Forales Fiscales

El Poder Judicial y el modelo de Estado no coinciden, puesto que el primero se basa, según APARICIO LÓPEZ en un ‘modelo unitario’⁷⁸ –unidad jurisdiccional–, y el segundo en la descentralización autonómica. Esto no impide que se discuta el ámbito de impugnación de determinados productos normativos. Es el caso de las normas forales, que emanan de las Juntas Generales de los Territorios Históricos o los órganos legislativos forales. El ‘blindaje’ que se va a describir acontece cuando se cumplen los criterios enunciados por GORDILLO PÉREZ y MÚGICA ALCORTA: que su materia sea la fiscal y que emanen de las Juntas Generales⁷⁹.

Tal y como relata ÁLVAREZ CONDE, tras las impugnaciones de Normas Forales de los Territorios Históricos en vía contenciosa por parte de las CCAA de La Rioja y Castilla y León, entre las cuales cabe señalar que algunas fueron anuladas, como es el ejemplo de la STS de 9 de diciembre de 2004⁸⁰, el Parlamento Vasco, aceptó una proposición de Ley de las Juntas Generales de Bizkaia para dotar de mayor protección⁸¹ a estas normas. Para ello, se proponía modificar el art. 27 de la LOTC, incluyendo las NFF en el objeto del control de constitucionalidad, estableciendo un nuevo mecanismo de ‘defensa de la autonomía foral’; del mismo modo, la

⁷⁸ APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. *Poder judicial y Estado autonómico*. En VERNET LLOBET, Jaume. (coord.). *Estudios sobre la reforma de la Constitución Española*, Palma de Mallorca: IEA, 2010, p. 240.

⁷⁹ GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio y MÚGICA ALCORTA, Ramón. *Sobre el «blindaje» de las Normas Forales fiscales. Análisis de las distintas posiciones*. En GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio. ‘El poder normativo foral en la encrucijada’: encaje constitucional, modelo fiscal y crisis económica. 2014. Cizur Menor: Thomsom Reuters Aranzadi, 2014, p. 45.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, no. 7893/1999. Ref. VLEX, 17526092.

⁸¹ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas*. Barcelona: Instituto de Derecho Público, 1ª edición, 2010, pp. 17-20.

Ley Orgánica del Poder Judicial⁸² debería modificarse, excluyendo estas normas del control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Ciertamente, hasta ese momento, el autogobierno vasco estaba siendo vulnerado al no dotar de la protección suficiente a la normativa fiscal de los TTHH.

Para mitigar esta vulneración del autogobierno, dicha proposición de ley fue presentada ante el Congreso de los Diputados⁸³, pero no fue hasta la tramitación de los Presupuestos Generales del Estado para 2010 cuando, fruto de enmiendas del PSOE y del PNV⁸⁴, y con el fin de actualizar la autonomía foral, se aprobó la modificación de la LO 1/2010⁸⁵. Según ÁLVAREZ CONDE, esta modificación se realiza al amparo de ‘la cláusula del art. 161.1.d’⁸⁶, flexibilizando el régimen procesal de aplicación a las normas forales fiscales, sin contradecir el objeto del control de constitucionalidad previsto en el art. 27 LOTC; técnica normativa ésta ‘deplorable’ para el autor, pero de cuya redacción parece entenderse que acertada o legal. No en vano, podría entenderse que este método sirve para defenderse de voces contrarias a la reforma, escuchadas o en que, por un lado, la STC 32/1983⁸⁷ enunciaba las disposiciones que podían ser objeto de declaración de inconstitucionalidad

⁸² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 2 de julio de 1985, n° 157.

⁸³ BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, serie B, num. 11.1., de 11 de abril del 2008.

⁸⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, serie B, num. 11.7, de 1 de diciembre del 2009.

⁸⁵ Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 20 de febrero de 2010, n° 45, p. 16641.

⁸⁶ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio...* *Op. cit.*, p. 21.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional n° 32/1983, de 17 de mayo, F.j. 2.

y en que, la STC 84/1984⁸⁸ dicta que el TC no conocerá de las disposiciones de rango infralegal, debiendo ser controladas por los órganos del Poder Judicial. Mientras que ÁLVAREZ CONDE parece en desacuerdo con el fin perseguido por esta reforma, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ no lo critica, afeando, únicamente el ‘instrumento normativo elegido para alcanzarlo’, el cual considera ‘inadecuado’⁸⁹.

En cualquier caso, esta modificación viene motivada por la naturaleza de las normas forales, que, si bien son reglamentarias, según el art. 6.2 de la LTH⁹⁰ que limita la facultad de dictar normas con rango legal al Parlamento Vasco, se asimilan a las leyes, al no desarrollar complementar a ninguna, sino suplir a leyes estatales. Pese a ser minoritaria, parte de la doctrina encabezada por JIMÉNEZ ASENSIO afirma que las normas forales tienen rango de ley por su propia naturaleza. De todos modos, es por estos motivos de ‘naturaleza constitucional’, además de para dotar a la foralidad de los territorios históricos de la CAV de la misma protección ante el TC cuando el legislador invada la DA Primera de la CE y el art. 37 EAPV que el de Navarra, que parece sensato que su régimen de impugnación sea similar, evitando la excesiva ‘fragilidad procesal’⁹¹.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 84/1984, de 24 de julio, F.j. 2.

⁸⁹ DíEZ PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Notas sobre el blindaje de las normas forales fiscales*. En ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas*, Barcelona: Instituto de Derecho Público, 1ª edición, 2010, p. 80.

⁹⁰ Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de abril de 2012, nº 92, p. 30060.

⁹¹ MURILLO DE LA CUEVA, Enrique Lucas. *La reserva al Tribunal Constitucional del control jurisdiccional de las normas fiscales vascas y la creación del conflicto en defensa de la autonomía foral frente a las leyes del Estado*. En ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas*, Barcelona: Instituto de Derecho Público, 1ª edición, 2010, pp. 93-151.

Para ÁLVAREZ CONDE, la adición de una nueva DA 5ª a la LOTC creando procedimientos nuevos para controlar las normas forales fiscales ha derivado en una ‘redacción alambicada’ y ‘encubridora de (...) auténticos recursos y cuestiones de constitucionalidad’⁹². También opina que la mayor protección otorgada en cuanto a legitimación activa a estas normas forales es discriminatoria para con las entidades locales, trayendo a colación los límites del art. 161.2.a). Tampoco ve ÁLVAREZ CONDE correcto que con la modificación del art. 9.4 de la LOPJ se sustraigan estas normas de la jurisdicción contencioso-administrativa, al sustraer el legislador orgánico competencias de la jurisdicción ordinaria. En esta misma línea, el autor narra que se añadió la letra d) al art. 3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁹³, para que ésta no conozca de los recursos que se interpongan contra las normas forales y fiscales⁹⁴, ahora fiscalizadas por el TC.

En este sentido, GARCÍA DE ENTERRIA ha denunciado que el ‘privilegio jurisdiccional’ que se les otorga a las NFF, y no a todas las NF diferencia su naturaleza jurídica en función de su materia, contradiciendo la ‘concepción formal de la ley’⁹⁵ que tiene la CE, y atendiendo a la material⁹⁶, igualmente traída a colación por GORDILLO PÉREZ y MÚGICA ALCORTA, que también recogen el cuestionamiento de la naturaleza parlamentaria de las JJGG. Para MERINO MERCHAN, en cambio, uno de los mayores problemas de la reforma es que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados

⁹² ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio...* Op. cit., pp. 24-25.

⁹³ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de julio de 1998, n° 167.

⁹⁴ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio...* Op. cit., p. 27.

⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Cizur Menor: Thomsom Reuters, 18ª ed., 2017

⁹⁶ GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio y MÚGICA ALCORTA, Ramón. *Sobre el blindaje...* Op. cit., p. 49.

por las NFF, al no poder impugnarlas en la ‘vía jurisdiccional ordinaria’⁹⁷. Igualmente, CRIADO GÁMEZ entiende que se produce ‘un sacrificio excesivo e innecesario de derechos’⁹⁸, en alusión a la tutela judicial efectiva.

Para MERINO MERCHAN esta reforma atenta contra el art. 38.2 de la CE de igualdad entre CCAA. Voces contrarias también se han escudado en que la STC 32/1983 enunciaba las disposiciones que podían ser objeto de declaración de inconstitucionalidad y en que la STC 84/1984 dicta que el TC no conocerá de disposiciones de rango infralegal, debiendo ser controladas por órganos del Poder Judicial.

Pese a estos contrargumentos, parece prosperar la tesis favorable basada en que las Normas Forales se derivan del principio democrático, y que, debido a su especial fuerza activa y pasiva, carece de sentido que las enjuicien meros órganos administrativos. Tampoco cabe duda de que las NFF se hallan en el mismo ámbito que las leyes en cuanto a materia tributaria. Ciertamente, al margen del debate jurídico sobre su rango legal o no, ÁLVAREZ CONDE entiende que se produce una ‘deslegalización en materia tributaria’⁹⁹. Y es que, las normas forales se basan en ‘potestad normativa de nuevo cuño’ y cumplen ‘una función semejante a la ley estatal’.

En efecto, la limitación al Parlamento de dictar normas con rango de Ley (art. 6.2 LTH) no es, a juicio de MURILLO DE LA CUEVA, trascenden-

⁹⁷ MERINO MERCHAN, José Fernando. *Cuestiones que Plantea la Ley Orgánica 1/2010*. En ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas*. Barcelona: Instituto de Derecho Público, 1ª edición, 2010, p. 91.

⁹⁸ CRIADO GÁMEZ, Juan Manuel. *El blindaje de las normas forales fiscales y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*. En CRIADO GÁMEZ, Juan Manuel y MARTÍNEZ AGUIRRE, María Esther. *El blindaje de las normas forales fiscales*. Logroño: Iustel, 2011, p. 248.

⁹⁹ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio...* *Op. cit.*, pp. 42-43.

tal¹⁰⁰, al afectar a materias fuera de lo denominado ‘núcleo intangible de la foralidad’¹⁰¹, que no es disponible por el legislador ordinario —ni estatal ni autonómico—, justificando así la especial protección de las NFF por el TC, y su exclusión de la jurisdicción ordinaria. Pese a que autores como CRIADO GAMEZ son contrarios a la reforma y se escudan en el carácter reglamentario de las NFF, reconocen que la reforma no altera su rango —no les otorga rango de ley¹⁰²—. Esta tesis es secundada por VÁZQUEZ ALONSO, quien estima que la naturaleza jurídica queda intacta, variando solo el tratamiento ‘procesal’. No son asimilables al reglamento, por su legitimidad democrática y por regular materias reservadas a ley.

GORDILLO PÉREZ y MÚGICA ALCORTA se atreven a proponer alternativas al sistema reformado, necesarias si el criterio del TC mutase o se acometieran reformas. Una de estas alternativas es replantear la naturaleza de la norma foral: otorgarle rango de ley. Sin embargo, el art. 6.2 de la LTH y el ‘silencio de la Constitución’ lo hacen complicado, aunque no del todo inviable¹⁰³ al amparo de la DA 1ª de la CE. Su otra interesante propuesta es caminar hacia un ‘procedimiento mixto o bifásico’, en el que los TTHH se encargarían de la regulación material, mientras que el Parlamento Vasco les otorgaría el rango legal, produciéndose la ‘hipóstasis’ de la CAV y los TTHH, algo que según los autores ya ha sucedido en la negociación de las Leyes de Concierto. En aras a ‘dignificar’ la intervención de ambos órganos, se garantizaría la intervención de las JJGG,

¹⁰⁰ MURILLO DE LA CUEVA, Enrique. *La reserva...* *Op. cit.*, p. 113.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 76/1988, de 25 de mayo, F.j. 1.

¹⁰² CRIADO GAMEZ, Juan Manuel. *Motivos de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial*. En ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas*. Barcelona: Instituto de Derecho Público, 1ª edición, 2010, pp. 197-198.

¹⁰³ GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio y MÚGICA ALCORTA, Ramón. *Sobre el blindaje...* *Op. cit.*, p. 49.

mientras que el Parlamento Vasco no se limitaría a asumir, sino que a armonizar, función que le otorga el EAPV, instrumento de actualización de la foralidad¹⁰⁴, según MARTÍNEZ ETXEBERRÍA.

Si bien el asunto no ha sido pacífico, parece existir consenso en que las NFF adolecían de una falta de protección severa, lo cual suponía una vulneración del autogobierno vasco. Actualmente, si bien no de forma unánime en la doctrina el blindaje de estas normas ha mitigado el problema, con él, y se ha reforzado el autogobierno vasco. Por consiguiente, junto con las cláusulas de excepcionalidad foral, el blindaje de la normativa vasca puede ser un buen precedente para proteger el autogobierno.

IV. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Al plantear propuestas de reformas, debe tenerse en cuenta que existen, jurídicamente, distintas opciones para garantizar realmente el autogobierno vasco. Por un lado, pueden plantearse reformas de calado por la vía de la reforma constitucional, aunque las mayorías y requisitos procedimentales de los artículos 167 y 168 son muy exigentes. Por otro lado, existen otras vías de reforma menos exigentes, pero válidas para mejorar la protección del autogobierno. Me referiré a ellas a continuación.

4.1 Actualización de un Derecho Histórico: el pase foral. Bilateralidad y Concierto Político

La DA 1^a de la CE ‘ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales’, y establece que la ‘actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía’. Dentro de los derechos históricos, y

¹⁰⁴ MARTÍNEZ ETXEBERRÍA, Gonzalo. “La integración y actualización de la foralidad en el sistema constitucional español. ¿un ejemplo a seguir?”. En *Iura Vasconiae*, 14/2017, p. 357.

derivado del carácter pactado del sistema, entre las instituciones forales jurídico-públicas se hallaba, entre otras el pase foral.

En su origen, el pase foral era una de las herramientas más importantes del régimen foral de los TTHH, dado que era la garantía de las instituciones y la ‘llave maestra del fuero’, según MANTEROLA. Este derecho histórico consistía en ‘examinar, revisar y reconocer’ las órdenes del Estado para comprobar si eran contrarias a sus libertades, ‘concediendo su pase o sanción’¹⁰⁵ a las que no eran contrarias, y negándose a las vulneradoras. Como recoge MARTÍNEZ DÍEZ, se basaba en obedecer y no cumplir¹⁰⁶ las disposiciones que fuesen contrarias al fuero o derecho. Esta institución tuvo plena vigencia hasta ser derogada de forma unilateral por el Estado en 1841.

Para llevar a cabo la actualización de un derecho histórico como el pase foral, habría que hacerlo atendiendo a la CE y al EAPV, puesto que según la STC 76/1988¹⁰⁷ y autores como COELLO MARTÍN, ‘la titularidad de los derechos históricos reside en la CAV, como expresión jurídico política de un tracto histórico’¹⁰⁸. La actualización de la institución del pase foral tiene su legitimación jurídica en la DA Primera de la CE, acerca de la cual existen diversas teorías que recoge LARRAZABAL BASAÑEZ, como las ‘pactistas’, como las de ‘principio foral’ o las de ‘garantía institucional’¹⁰⁹. Si se parte de que la Disposición Adicional Primera es una unión

¹⁰⁵ MANTEROLA, José. “Curiosidades Bascongadas”. San Sebastián: *Revista Bascongada*, 1880, p. 221.

¹⁰⁶ MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo. “Fueros y Conciertos Económicos”. Madrid: *Revista de documentación administrativa*, n° 181, 1979, p. 589.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, n° 76/1988, de 25 de mayo, F.j. 1.

¹⁰⁸ COELLO MARTÍN, Carlos. “La Disposición Adicional Primera y Humpty Dumpty” breve *excursus* sobre la importancia de llamarse foral. Donostia *RIEV. Revista Internacional de los Estudios Vascos*, año 43, tomo XL, n° 1, 1995, p. 39.

¹⁰⁹ LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago. *Contribución a una teoría de los Derechos Históricos*. Bilbao: IVAP, 1997.

de voluntades como acuerdo colectivo para conseguir un fin común, parece sensato defender que se pueda establecer un mecanismo de garantías como puede ser la actualización del pase foral.

En cualquier caso, también puede plantearse esta actualización sin partir de teorías tan ambiciosas y ciñéndose a las que avala el TC, concibiendo la DA 1ª como una ‘garantía institucional’ en tanto que no se asegura un ámbito de competencias fijado, sino la preservación de la institución de autogobierno foral ‘en términos reconocibles para la imagen que de ella misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar’¹¹⁰. Así, según esta tesis ampliamente respaldada que recoge Tomás RAMON FERNÁNDEZ, esta garantía institucional no deja de ser un freno frente al legislador y el resto de poderes que no pueden desfigurar la imagen, en este caso, del autogobierno vasco estatutariamente reconocido. Así, si esta disposición es una garantía institucional, parece claro que existe base jurídica para ampararse en la DA 1ª y profundizar en el autogobierno vasco de forma que se actualice el derecho histórico del pase foral, concretándolo en un órgano autonómico que vele por el respeto a las competencias contenidas en el Estatuto.

Para reflexionar sobre posibles actualizaciones de este derecho histórico, reforzando las garantías de bilateralidad del sistema, es preciso mencionar ciertos órganos bilaterales existentes hoy en día. Además de la Comisión Bilateral existente entre el Estado y Euskadi para materia de trasferencias, existe, actualmente, una Comisión Mixta de Concierto Económico, regulada en los artículos 61 y 62 de la Ley 12/2002 de Concierto Económico. Esta Comisión se encarga, entre otros asuntos, de acordar las modificaciones del Concierto Económico, o el señalamiento del cupo en cada quinquenio. Lo verdaderamente relevante es que puede ser inspiradora para una

¹¹⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Los Derechos Históricos Forales. Bases Constitucionales y Estatutarias para la Administración Foral Vasca*. Madrid: Cívitas Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

actualización del pase foral en un sistema de protección del autogobierno que exija el acuerdo de las instituciones vascas y el Estado. Por un lado, es inspirador por su carácter bilateral Estado-CAV, y su composición por un representante de cada Diputación Foral (3), otros tantos del Gobierno Vasco (3), y otros 6 de la Administración Central. Por otro lado, porque los acuerdos deben ser alcanzados por unanimidad de sus miembros.

Pero, si lo que se busca es un esquema de bilateralidad, también *ad extra*, la Comisión Arbitral, regulada por el artículo 39 del EAPV resulta igualmente inspiradora, pero insuficiente. Ciertamente, se limita a conocer y decidir sobre conflictos sobre titularidades de competencias autonómicas o forales *ad intra*, entre los TTHH y las instituciones autonómicas. Por ello, la componen un número igual de representantes designados por el ejecutivo vasco, y por la Diputación Foral del territorio interesado, estando presidida por el presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Debe admitirse que se trata de un órgano que constituye un buen exponente de la bilateralidad, pero mirando al ámbito interior de la CAV, y no a sus relaciones con el Estado.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta las amenazas al autogobierno analizadas, lo que parece urgir es un órgano que prevenga estos quebrantamientos, atendiendo a las competencias reconocidas a Euskadi, y analizando la legislación estatal. Esto podría materializarse mediante la actualización del derecho histórico de pase foral, en virtud de la DA Primera, que se podría traducir, teniendo en cuenta el marco constitucional y estatutario, en la creación de un órgano bilateral de composición similar a la Comisión Mixta del Concierto orientado al análisis prelegislativo de las normas estatales en su aplicación en Euskadi: lo que se ha venido a denominar “Concierto Político”.

Para alumbrar esta posibilidad, basta con observar la CFN y su norma fundacional, la LORAFNA y su artículo 69, que prevén un órgano de reso-

lución de discrepancias que se ‘susciten entre el Estado y la Comunidad Foral en relación con la aplicación e interpretación del Amejoramiento’. Este órgano, a diferencia de la Comisión Arbitral vasca, pero al igual que la Comisión Mixta del Concierto, sigue esquemas de bilateralidad entre la Administración foral y la estatal, estando compuesta de forma paritaria, por un igual número de miembros de cada una; todo ello, encaminado a resolver las ‘discrepancias que se susciten entre el Estado y Navarra’¹¹¹ tal y como recoge RAZQUIN LIZARRAGA. Recoge, también, el autor que hay posturas que entienden que la resolución de las discrepancias puede interpretarse como únicamente sobre cuestiones administrativas o de ejecución de la LORAFNA, o que además de esto, posee función legislativa para controlar la constitucionalidad o no de las leyes. Esta segunda vertiente parece que sería la aconsejable y necesaria para dotar al órgano que se constituya en Euskadi para mitigar los quebrantamientos del autogobierno vasco.

No cabe duda de que la naturaleza de la Junta de Cooperación navarra es tanto administrativa como jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, respondiendo así a la tradición histórica foral de ‘resolver las discrepancias mediante la negociación, evitando, por otro lado, la decisión unilateral de una sola parte’. No en vano, los acuerdos de este órgano son firmes y vinculantes para ambas partes, y no impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino ante el TC, al igual que las NFF de los TTHH. Este marco relacional bilateral y paccionado al que responde el órgano radica en el régimen foral, reconocido en la DA 1ª de la CE, y en la propia LORAFNA. Es por esto que esta vía foral de colaboración, al referirse también los derechos históricos de la DA 1ª a los TTHH e instituciones de la CAV, y al existir referencias a la foralidad en el propio EAPV, parece aplicable también a la CAV en caso de que se lleve a cabo

¹¹¹ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín. “La Junta de Cooperación”. Pamplona: *Revista Jurídica de Navarra*, n° 9, 1990, pp. 87-98.

una actualización del derecho histórico de pase foral, atendiendo a la Constitución Española y al EAPV.

Así, el establecimiento de un órgano como éste encargado también del control prelegislativo, parece perfectamente constitucional. Además de enraizarse en la tradición foral vasca, mejoraría el funcionamiento del Estado de las Autonomías al fomentar la colaboración entre administraciones, tratándose, en palabras de PÉREZ CALVO, de un ‘mecanismo paradigmático de cooperación’¹¹² y al fomentar la lealtad entre administraciones. ASIAIN AYALA afirma que se trata de un instrumento de ‘garantía de la integridad del régimen foral’¹¹³, reconocido constitucional y estatutariamente.

El órgano a establecer para arbitrar las relaciones Euskadi-Estado podría llamarse, por ejemplo, Comisión Mixta del Estatuto. Este órgano debería seguir los esquemas de funcionamiento mencionados de la Junta de Cooperación de Navarra, y, por eso, adoptar acuerdos por consenso, que vinculen únicamente a las partes. El establecimiento de este órgano reforzaría el germen paccionado de los derechos históricos, y subvertiría el orden constitucional, sino todo lo contrario: fomentaría la lealtad institucional, el pacto y la confianza entre administraciones¹¹⁴ tal y como recoge ÁLVAREZ. Lo único que se persigue es huir de la unilateralidad de las actuaciones de las dos administraciones, la vasca y la Estatal, fomentando la unidad en la diversidad, espíritu presente en el título VII de la Constitución y en sendas sentencias del TC, que cuenta además

¹¹² PÉREZ CALVO, Alberto. “Actuaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. Madrid: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 235-236, 1987, pp. 467-487.

¹¹³ ASIAIN AYALA, José Antonio. “La Constitución y el régimen foral de Navarra”. Pamplona: *Revista Jurídica de Navarra*, nº 1, 1986, p. 26-28.

¹¹⁴ ÁLVAREZ, Juanjo. “El pase foral: «se obedece pero no se cumple»”. *Blog de Iñaki Anasagasti*. https://ianasagasti.blogspot.com/mi_blog/2016/06/el-pase-foral-se-obedece-pero-no-se-cumple.html (Última consulta 20 de abril de 2019).

con acomodo legal, tanto en la CE como en el EAPV. El aumento de la confianza y lealtad entre administraciones terminaría no solo con las vulneraciones del autogobierno vasco, sino también con la judicialización del quehacer legislativo, en el espíritu de lo que en los Estados federales suele llamarse la lealtad federal, naturalmente bilateral.

Para esta reforma, urgente dada la vigencia del espíritu de la LOAPA¹¹⁵, ÁLVAREZ sugiere reformar el EAPV mediante la actualización de los derechos históricos y una lectura ambiciosa de la DA Primera. Lo que se persigue es un mecanismo de gobernanza para proteger las competencias, como la Comisión Mixta de Estatuto.

Este órgano podría servir también para poder incorporar a instancias de ésta cláusulas de excepcionalidad foral en la legislación estatal, de modo que cada vez que alguna ley estatal quiera regular materias que linden con las competencias vascas, se pueda introducir una de estas modulaciones de su aplicación sin tener que mediar negociación política; esto es, mediando solamente negociación técnica, basada en criterios objetivos y en el consenso y lealtad entre ambas administraciones.

4.2 Otras propuestas

Debido a la extensión permitida para este trabajo, no hay espacio suficiente para abordar en profundidad otras posibles reformas para aumentar las garantías del autogobierno vasco, pero al menos intentaré enunciarlas siquiera brevísimamente. Una reforma profunda del TC se antoja necesaria, atendiendo en especial a los criterios de elección de los magistrados para una más adecuada representación de los intereses territoriales de las CCAA. También parece oportuno aumentar los mecanismos de defensa

¹¹⁵ ÁLVAREZ, Juanjo. “Garantías del autogobierno vasco”. *Deia*, 1 de julio de 2018. <https://www.deia.eus/2018/07/01/opinion/columnistas/bis-a-bis/garantias-del-autogobierno-vasco#Loleido> (Última consulta 19 de abril de 2019).

del autogobierno vasco a nivel europeo, así como el respeto al principio de subsidiariedad por parte de instituciones de la UE. También es imprescindible una reforma del EAPV que permita profundizar en el autogobierno, al tratarse del único Estatuto sin reformar, aun siendo el más longevo, por lo que, como es lógico, no cuenta con mención alguna a la UE, ni recoge las últimas novedades estatutarias en materia de fuentes y derechos; y debería incluirlas, tal y como ocurre con los denominados Estatutos de Autonomía de segunda generación, fruto de las reformas estatutarias que tuvieron lugar a partir de 2006.

V. CONCLUSIONES

Primera. El autogobierno vasco legalmente reconocido por el EAPV y la Constitución Española ha sufrido notables amenazas por parte del Estado Central durante estos últimos 40 años de vigencia del sistema. Estas amenazas no se han basado sólo en la falta de cumplimiento del EAPV, sino también en legislación posterior del Estado: desde intentos de armonización, pasando por legislación de estabilidad presupuestaria; todas ellas cercenadoras de la autonomía política de Euskadi.

Segunda. La propia jurisprudencia constitucional refleja cómo se ha ido degradando la protección del autogobierno. El Tribunal Constitucional ha marcado una inequívoca involución en esta materia, dado que, partiendo de sentencias como la STC 76/1988, garantizadoras de los derechos históricos de los Territorios Forales, ha pasado a avalar una evidente recentralización, en su última jurisprudencia.

Tercera. Ante las vulneraciones, el blindaje del autogobierno se antoja imprescindible. Un mecanismo para ello es la inclusión de cláusulas de excepcionalidad foral en la legislación estatal en virtud de la DA Primera de la CE, puesto que parece que las normas como el Estatuto, pese a ser

Ley Orgánica española, no se respetan como la legislación estatal *stricto sensu*. La experiencia de legislación como la Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, y sus DA Sexta y Séptima muestran que es técnicamente posible respetar el autogobierno y modular la aplicación de ciertas normas en los Territorios Forales, si hay voluntad política. Otro mecanismo es el blindaje de las NFF de los TTHH para proteger la materia que regulan de constantes impugnaciones excluyendo su control por la jurisdicción ordinaria, para ser controladas por el TC.

Cuarta. Más allá de las mejoras que puedan comportar instrumentos como el blindaje, urge establecer mecanismos jurídicos de protección de la bilateralidad. Para ello, puede emplearse la vía de la DA 1ª de la CE: la actualización de los derechos históricos en el marco de la CE y el EAPV, a través de, por ejemplo, el pase foral. Partiendo de que ya existe bilateralidad en el ámbito financiero (Comisión Mixta de Concierto), y de que Euskadi ya cuenta con sistemas de control de estatutoriedad *ad intra* (Comisión Arbitral), la actualización del pase foral puede traducirse en bilateralidad en el ámbito político con el Estado, *ad extra*. Para ello, puede establecerse una Comisión Mixta de Estatuto, similar a la Junta de Cooperación navarra que imponga un mecanismo de gobernanza para proteger las competencias vascas, fomente la lealtad entre administraciones y sirva como órgano cuasi-jurisdiccional para resolver las discrepancias entre administraciones de forma pactada, evitando la unilateralidad. Así, se le puede encomendar la realización de análisis prelegislativos de las normas estatales en su aplicación en Euskadi, como mecanismo de alerta temprana o *early warning system*.

Quinta. Para dar cauce a esta profundización en el autogobierno, debería acometerse una reforma del EAPV que aborde también la participación de Euskadi en la UE. En ella se tendrán que plantear medidas para garantizar respeto total al principio de subsidiariedad por parte de las instituciones

europas. Asimismo, habría que actualizar el EAPV en el mismo sentido en que lo han hecho otras CCAA con sus Estatutos de segunda generación en materia de fuentes, derechos, participación en la UE, etc.

VI. LISTADO DE REFERENCIAS

6.1 Bibliografía

AGUADO RENEDO, César. “De nuevo sobre la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía, con motivo de los procesos de reforma”. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. 2007, n° 17, pp. 283-306.

AIZPEOLEA, Luis R. “Aznar culmina su estrategia de pactos al asegurarse el apoyo del PNV a su investidura”. *El País*, 1996. https://elpais.com/diario/1996/04/30/espana/830815221_850215.html (Última consulta 20 de marzo de 2019).

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch. *La Sentencia 31/2010: valoración general de su impacto sobre el Estatuto y el estado de las autonomías*. En AAVV, Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, número monográfico de la *Revista Catalana de Dret Públic*, 2010, p. 11.

ALONSO MAS, María José. *El nuevo régimen de los instrumentos de intervención de las entidades locales*. En DOMINGO ZABALLOS, Manuel. J., *Reforma del Régimen*. Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 476.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas*. Barcelona: Instituto de Derecho Público, 1ª edición, 2010, pp. 17-20.

ÁLVAREZ, Juanjo. “El pase foral: «se obedece pero no se cumple»”. Blog de Iñaki Anasagasti. https://ianasagasti.blogs.com/mi_blog/2016/06/el-pase-foral-se-obedece-pero-no-se-cumple.html (Última consulta 20 de abril de 2019).

ÁLVAREZ, Juanjo. “Garantías del autogobierno vasco”. *Deia*, 1 de julio de 2018. <https://www.deia.eus/2018/07/01/opinion/columnistas/bis-a-bis/garantias-del-autogobierno-vasco#Loleido> (Última consulta 19 de abril de 2019).

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. *Poder judicial y Estado autonómico*. En VERNET LLOBET, Jaume (coord.). *Estudios sobre la reforma de la Constitución Española*, Palma de Mallorca: IEA, 2010, p. 240.

ARTOLA, Miguel Ángel. “Estatuto de Gernika. Ley o mercado”. En *Cambio* 16, n° 1549, 2001, pp. 22-23.

ASIAIN AYALA, José Antonio. “La Constitución y el régimen foral de Navarra”. Pamplona: *Revista Jurídica de Navarra*, n° 1, 1986, p. 13-28.

BUSTOS GISBERT, Rafael. *Las tensiones del Estado autonómico: una revisión a partir de la sentencia sobre la LOAPA 22 años después*. En SÁNCHEZ MACÍAS, José Ignacio; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando; CALVO y ORTEGA, Rafael. *Economía, Derecho y tributación: estudios en homenaje a la profesora Gloria Begue Cantón*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2005, pp. 507-524.

COELLO MARTÍN, Carlos. “La Disposición Adicional Primera y Humpty Dumpty”, breve *excursus* sobre la importancia de llamarse foral. Donostia *RIEV. Revista Internacional de los Estudios Vascos*, año 43, tomo XL, n° 1, 1995, p. 39

CONDE ÁLVAREZ, Begoña. “El Estatuto de Gernika a examen”. En *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n° 29, 2017, pp. 261-284.

CONSEJO DE ESTADO. “Dictamen del Consejo de Estado sobre Anteproyecto de Ley sobre Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios”. *Boletín Oficial del Estado*, 18 de marzo de 2009, n° 99/2009.

CRIADO GÁMEZ, Juan Manuel. *El blindaje de las normas forales fiscales y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*. En CRIADO GÁMEZ, Juan Manuel y MARTÍNEZ AGUIRRE, María Esther. *El blindaje de las normas forales fiscales*. Logroño: Iustel, 2011, p. 248.

CRIADO GÁMEZ, Juan Manuel. *Motivos de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial*. En ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas*, Barcelona: Instituto de Derecho Público, 1ª edición, 2010, pp. 197-198.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. “¿Reserva de Constitución? (comentario al Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, nº 9, pp. 185-208.

DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Notas sobre el blindaje de las normas forales fiscales*. En ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas*, Barcelona: Instituto de Derecho Público, 1ª edición, 2010, p. 80.

DOMINGO ZABALLOS, Manuel J. *Reforma del régimen local. Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*. Cizur Menor: Thomson-Reuters- Aranzadi, 2014, p. 40.

EMBID IRUJO, Antonio. “Informe general sobre el gobierno local en 2013”. Zaragoza: *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013*, 2014, p. 19.

EUSKO LEGEBILTZARRA-PARLAMENTO VASCO. Erakunde, Segurtasun eta Justizia Batzordeak 2013ko otsailaren 20an egindako Bilkuraren hitzez hitzeko transkripzioa. Vitoria-Gasteiz: *Parlamento Vasco*, p. 4.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. “Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, Madrid: *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2014, nº 163, pp. 109-144.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Los Derechos Históricos Forales. Bases Constitucionales y Estatutarias para la Administración Foral Vasca*. Madrid: Cívitas Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. “El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. En *Revista de estudios de la vida local*, 1979, nº 201, pp. 10-36.

GALENDE, José Luis. “Euskadi recibe por fin las políticas activas de empleo”. *El Correo*, 28 de octubre de 2010. <https://www.elcorreo.com/vizcaya/20101028/economia/euskadi-recibe-politicas-activas-201010281329.html> (Última consulta 17 de abril de 2019).

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Cizur Menor: Thomson Reuters, 18ª ed., 2017.

GARRIDO FALLA, Fernando. “El Desarrollo Legislativo de las normas básicas y leyes marco estatales por las Comunidades Autonomas”. En *Revista de Administración Pública*, 1981, nº 94, p. 11.

GOBIERNO DE ESPAÑA. Reforma de las Administraciones Públicas CORA. Gobierno de España. Consejo de Ministros, 21 de junio de 2013.

GOBIERNO VASCO. El Gobierno Vasco requiere al español que retire del último catálogo de ADIF dos líneas de tren competencia exclusiva de Euskadi (Consejo de Gobierno 17-04-2018). Vitoria-Gasteiz: Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno, 2018.

GOBIERNO VASCO. Informe Sobre Actualización de las Transferencias Pendientes a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2017.

GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio y MÚGICA ALCORTA, Ramón. *Sobre el «blindaje» de las Normas Forales fiscales. Análisis de las distintas posiciones*. En GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio. “El poder normativo foral en la encrucijada: encaje constitucional, modelo fiscal y crisis económica”. 2014. Cizur Menor: Thomsom Reuters Aranzadi, 2014, p. 45.

GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR EN EL SENADO. “Moción por la que se insta al Gobierno a promover la creación de un grupo de trabajo que estudie las bases para homogeneizar las retribuciones de los profesionales de los centros dependientes del sistema nacional de salud”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 14 de mayo de 2018, nº. exp. 662/000111.

JAUREGI BERECIARTU, Gurutz. “El Estatuto de Gernika: una mirada retrospectiva”. En *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, nº 12, 2015, pp. 9-35.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. “La reforma local vasca: del régimen local a las instituciones locales”. Zaragoza: *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2016, p. 280.

LARRAZÁBAL BASÁÑEZ, Santiago. *Contribución a una teoría de los Derechos Históricos*. Bilbao: IVAP, 1997.

LEÓN, Sandra. “¿Cuánto autogobiernos tiene Cataluña?”. *Eldiario.es*, 30 de octubre de 2017. https://www.eldiario.es/piedrasdepapel/autogobierno-Catalunya_6_702789750.html (Última consulta 4 de abril de 2019).

MANTEROLA, José. “Curiosidades Bascongadas”. San Sebastián: *Revista Bascongada*, 1880, p. 221.

MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo. “Fueros y Conciertos Económicos”. Madrid: *Revista de documentación administrativa*, n° 181, 1979, p. 589.

MARTÍNEZ ETXEBERRIA, Gonzalo. “La integración y actualización de la foralidad en el sistema constitucional español. ¿Un ejemplo a seguir?”. *Iura Vasconiae*, 14/2017, p. 357.

MERINO MERCHÁN, José Fernando. *Cuestiones que Plantea la Ley Orgánica 1/2010*. En ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas*, Barcelona: Instituto de Derecho Público, 1ª edición, 2010, p. 91.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO. “Plan Nacional e Integral de Turismo (PNIT) 2012-2015”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, 13 de julio de 2012, n° 84, p. 37.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. “La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones (la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983: asunto LOAPA)”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, n° 9 pp. 117-146.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo”, Barcelona: *Crítica*, 2012, p. 199.

MURILLO DE LA CUEVA, Enrique Lucas. *La reserva al Tribunal Constitucional del control jurisdiccional de las normas fiscales vascas y la creación del conflicto en defensa de la autonomía foral frente a las leyes del Estado*. En ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas*, Barcelona: Instituto de Derecho Público, 1ª edición, 2010, pp. 93-151.

NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. *La transposición de directivas ambientales en el Estado autonómico*. En ARZOZ, Xabier (dir.). *Transposición de directivas y autogobierno*. El

desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico, Barcelona: Institut d’Estudis Autònoms, 2013, pp. 281-344.

OLLORA OCHOA DE ASPURU, Juan M^a et. al. *Miradas sobre Euskadi*. Irún: Alberdania, 2004, p. 206.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 de agosto de 1983, relativa al Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, n° 9, pp. 147-184.

PÉREZ CALVO, Alberto. “Actuaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. Madrid: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n° 235-236, 1987, pp. 467-487.

PERNÁS GARCÍA, Juan Jose. *Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde*. En LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.). *Observatorio de Políticas Ambientales 2014*, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014, p. 444.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín. “La Junta de Cooperación”. Pamplona: *Revista jurídica de Navarra*, n° 9, 1990, pp. 87-98.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “El Bloque de Constitucionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Septiembre/diciembre 1989, n°27, pp. 9-37.

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier. “Del ruido de sables a la algarabía de los mercados: la LOAPA vista desde las atípicas armonizaciones de hoy”. En *Iura Vasconiae*, n° 12, 2015, pp. 155-183.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. “Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad y adición sobre la LOAPA”. En *Revista de Derecho Público*, 1983, n° 18-19, pp. 177-190.

TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo. “Homogeneidad y asimetría en el Estado autonómico: contribución a la determinación de los límites constitucionales de la forma territorial del Estado”. En *Revista de Documentación Administrativa*, 1992-1993, n° 232-233, p.119.

VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. *El Tribunal Constitucional y la norma fiscal foral*. En GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio. “El poder normativo foral en la encrucijada: encaje constitucional, modelo fiscal y crisis económica”. 2014. Cizur Menor: Thomsom Reuters Aranzadi, 2014, pp. 93-94.

ZAFRA VÍCTOR, Manuel. *Análisis y valoración sobre la constitucionalidad de la LRSAL*. En CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar (coords.). “La reforma del régimen jurídico de la administración local”, Madrid: *La Ley-El Consultor*, 2014, p. 78 y VILLAR ROJAS, Francisco José. “Razones y contradicciones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *El Cronista*, 46, 2014.

6.2 Fuentes

A. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 4/1981, de 24 de febrero, F.j. 3.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 32/1981, de 28 de julio, F.j. 4.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 37/1981, de 16 de noviembre, F.j. 1.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 10/1982, de 21 de abril, F.j. 2.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 32/1983, de 17 de mayo, F.j. 2.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 76/1983, de 5 de agosto, F.j. 2 y 3.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 11/1984, de 2 de febrero, F.j. 4.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 84/1984, de 24 de julio, F.j. 2.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 37/1987, de 26 de marzo, F.j. 10.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 76/1988, de 25 de mayo, F.j. 1.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 14/2004, de 10 de marzo, F.j. 5.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 245/2012, de 18 de diciembre, F.j. 7.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 20/2013, de 10 de febrero, F.j. 3.

- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 161/2014, de 7 de octubre, V. p. 1.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 124/2016, de 28 de julio, F.j. 6.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, nº 7893/1999. Ref.VLEX, 17526092

B. *Legislación*

B.1 Leyes Orgánicas

- Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco. *Boletín Oficial del Estado*, 22 de diciembre de 1979, nº 306.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. *Boletín Oficial del Estado*, 5 de octubre de 1979, nº 239.
- Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, aprobado por el Congreso y por el Senado, con fecha 29 de julio de 1982. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 23 de julio de 1982, Senado, Serie II, nº 284.
- Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. *Boletín Oficial del Estado*, 16 de agosto de 1982, nº 195, p. 22060.
- Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se deroga el capítulo II del título VI de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de junio de 1985, nº 137, p. 17286.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 2 de julio de 1985, nº 157.
- Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 20 de febrero de 2010, nº 45, p. 16641.
- Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de abril de 2012, nº 103.

B.2 Leyes

- Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de octubre de 1983, nº 247, p. 27972.
- Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de abril de 2012, nº 92, p. 30060.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de julio de 1998, nº 167.
- Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de mayo de 2002, nº 124.
- Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. *Boletín Oficial del Estado*, 18 de noviembre de 2003, nº 276.
- Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. *Boletín Oficial del Estado*, 18 de noviembre de 2003, nº 276.
- Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de diciembre de 2013, nº 295.
- Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de diciembre de 2013, nº 312.
- Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de noviembre de 2014, nº 288, p. 96841.
- Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi. *Boletín Oficial del Estado*, 2 de mayo de 2016, nº 105, p. 29277.

C. Decretos y Reales Decretos

- Real Decreto 3482/1983, de 28 de diciembre, sobre traspasos de servicios del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de Administración Penitenciaria. *Boletín Oficial del Estado*, 20 de febrero de 1984, n° 43, p. 4521.
- Real Decreto 131/1986, de 10 de enero, sobre ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados a la Generalidad de Cataluña en materia de Administración Penitenciaria. *Boletín Oficial del Estado*, 1 de febrero de 1986, n° 28, p. 4391.
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. *Boletín Oficial del Estado*, 9 de marzo de 2004, n° 59.
- Decreto 174/2018, de 3 de diciembre. *Boletín Oficial del País Vasco*, 3 de diciembre de 2018, n° 234.
- Real Decreto 1414/2018, de 3 de diciembre, de ampliación de funciones y servicios de la Administración del Estado traspasados a la Comunidad Autónoma del País Vasco por el Real Decreto 2769/1980, de 26 de septiembre, en materia de carreteras. *Boletín Oficial del Estado*, de 5 de diciembre de 2018, n° 293, p. 11978.

El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Incidencia en el País Vasco

TERESA ESTÉFANO ÁLVAREZ
5º curso de Doble Grado en Derecho y
Administración y Dirección de Empresas.
Universidad de Deusto

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

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 3/11/2021

Resumen: El presente trabajo estudia los aspectos generales del Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana para, a continuación, analizar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con la sujeción al citado impuesto de las transmisiones que traigan causa de una adquisición a título lucrativo.

Palabras clave: Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, adquisiciones lucrativas, transmisiones patrimoniales.

*Trabajo premiado en la III Edición del “Premio Adrián Celaya para Jóvenes Juristas”, otorgado por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, en septiembre de 2018

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

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

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

ISSN: 2173-9102 Boletín *JADO*. Bilbao. Año XVI. Nº 29. Enero-Diciembre, 2019-2020-2021, pp. 159-207.
D.L./L.G.: BI-1677-03 *JADO* Aldizkaria. Bilbo. XVI. urtea. 29 zk. 2019-2020-2021, Urtarrila-Abendua, 159-207 or.

Hiri lurren balio gehikuntzaren gaineko udal zergaren egungo egoera, Konstituzio Auzitegiaren epaien ondoren. Euskal Autonomia Erkidegoan horrek duen eragina

Laburpena: Lan honetan aztertzen dira Hiri Lurren balio gehikuntzaren gaineko udal zergaren ikuspegi orokorrak. Jarraian, Konstituzio Auzitegiaren epaiak aztertzen dira, zehazteko zein diren zerga horren pean dauden eskuraketak.

Gako-hitzak: hiri lurren balio gehikuntzaren gaineko udal zerga, dohain bidezko eskuraketak, ondare eskualdaketak.

Current situation of the increased value of the estate property municipal tax after the last Constitutional Court resolutions. Incidence in the Basque Country

Abstract: The present work studies the general aspect of the increased value of the estate property municipal tax, followed-up the analysis of the Constitutional Court resolutions about the applicability of that tax to gratuitous title grant.

Key words: increased value of the estate property municipal tax, gratuitous title grant, Property Transfers.

El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Incidencia en el País Vasco

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA: 1.1 Antecedentes y regulación. 1. 2 Fundamento del IIVTNU. 1.3. Hecho imponible. 1.4 Base imponible. III. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 3.1 Planteamiento. 3.2 Pronunciamiento del Tribunal Constitucional. 3.3 Vulneración de principios constitucionales (artículo 31.1 CE). A. Principio de capacidad económica. B. Principio de no confiscatoriedad. 3.4 Consecuencias inmediatas de la declaración de inconstitucionalidad. 3.5 Cambios normativos posteriores a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. IV. ADQUISICIONES A TÍTULO LUCRATIVO Y POSTERIOR TRANSMISIÓN. 4.1 Vulneración de principios constitucionales (Artículo 31 CE). Inexistencia de plusvalía. 4.2 Imprudencia de considerar el valor de adquisición cero. 4.3 Determinación del valor de adquisición. 4.4 Principio de estanqueidad versus unidad relativa de valoraciones. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA. VII. LEGISLACIÓN. VIII. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente crisis económica ha puesto de manifiesto ciertas deficiencias relevantes de nuestro sistema tributario. En particular, el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, en adelante IIVTNU, ha sido duramente criticado por la objetividad y ficción de la fórmula utilizada para el cálculo de su base imponible.

El IIVTNU es un impuesto local, de carácter potestativo, objetivo, real, de naturaleza directa y de devengo instantáneo, cuya gestión está atribuida en exclusiva a los Ayuntamientos. Según el Informe Anual Integrado de la Hacienda Vasca de 2014¹, el peso del IIVTNU en relación con la recaudación total por tributos locales fue en dicho ejercicio del 7,3%

¹ ÓRGANO DE COORDINACIÓN TRIBUTARIA DE EUSKADI. *Informe anual integrado de la Hacienda Vasca 2014*. País Vasco: Departamento de Hacienda y Economía, 2016.

para el conjunto de los Municipios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ascendiendo en Bizkaia al 4,5%.

El IIVTNU grava el incremento de valor que experimentan los terrenos de naturaleza urbana, que se pone de manifiesto como consecuencia de la transmisión de su propiedad o de la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio.

Durante los años del llamado “boom inmobiliario”, los terrenos, se transmitían generalmente por un valor superior al que se habían adquirido y al ser la regla general la existencia de plusvalía para el transmitente, los obligados tributarios procedían al pago de este tributo, sin plantearse cuestión alguna en relación con su funcionamiento ni legalidad. En este panorama, el fundamento de su exacción no se discutía: “rescatar para la comunidad una parte de las plusvalías producidas por la actuación de la Administración creadora de infraestructuras y servicios”².

Sin embargo, a partir del año 2008 comienza, como es sabido, una progresiva e importante depreciación del valor de los inmuebles, en consecuencia, la regla general de existencia de plusvalía pasa a ser la excepción, produciéndose en la mayoría de los supuestos gravados por el IIVTNU una minusvalía para su transmitente.

En este contexto, ha habido dos posturas claramente diferenciadas: por un lado, los defensores de que la determinación de la base imponible del IIVTNU está sujeta a una presunción *iuris tantum*, según la cual, si el contribuyente puede demostrar que no existe un incremento de valor del terreno, no hay hecho imponible³; por el contrario, la jurisprudencia

² Sentencia del Tribunal Supremo n.º. 2573/1996, de 29 de abril de 1996, Ref. Consejo General del Poder judicial, n.º STS 2573/1996.

³ Entre otros, MORENO SERRANO, Beatriz. “IIVTNU. Aspectos más relevantes de su ordenamiento jurídico”. *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. Madrid, 2012, p. 176.

y la doctrina administrativa venían mantenidos que nos encontramos ante una presunción *iuris et de iure*, lo cual significa que en toda transmisión, se entiende producido el hecho imponible. Frente a esta última postura, la vulneración de los principios constitucionales de capacidad económica y de no confiscatoriedad, consagrados en el apartado primero del artículo 31 de la Constitución de 1978⁴ (en adelante, CE) ha sido lo más cuestionado en este nuevo escenario económico.

Teniendo en cuenta lo anterior, no era difícil advertir la sucesión de pronunciamientos judiciales en pro de la reforma del impuesto, como de hecho ha sucedido y que ha culminado con las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional 26/2017, de 16 de febrero 2017⁵; STC 37/2017, de 1 de marzo 2017⁶ y STC 59/2017, de 11 de mayo 2017⁷, a través de las cuales, el Alto Tribunal declara inconstitucionales y nulos, los artículos 4.1, 4.2 a) y 7.4 de las Normas Forales reguladoras del IIVTNU en los Territorios Históricos de Gipuzkoa⁸ y Álava⁹, y los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas

⁴ Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, pp. 29313 a 29424.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 26/2017, de 16 de febrero de 2017, Ref. *La Ley*, nº 2615/2017.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 37/2017, de 1 de marzo de 2017, Ref. *La Ley*, nº 5797/2017.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 59/2017, de 11 de mayo de 2017, Ref. *La Ley*, nº 37759/2017.

⁸ Norma Foral 16/1989, de 5 de julio del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Boletín Oficial de Gipuzkoa*, 10 de julio de 1989.

⁹ Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Boletín Oficial de Álava*, 28 de agosto de 1989, nº 99.

Locales (en adelante, TRLRHL)¹⁰, “en la medida en que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor”.

Sin embargo, como veremos en este trabajo, la problemática del IIVTNU no ha sido del todo resuelta, y todavía quedan pendientes de abordar importantes cuestiones relacionadas con la regulación de este impuesto.

El presente trabajo se estructura en tres apartados. En primer lugar, haremos una breve referencia a los aspectos generales del IIVTNU. A continuación, estaremos en condiciones de analizar con detalle los pronunciamientos del Tribunal Constitucional previamente señalados. En tercer y último lugar, trataremos una cuestión concreta: la relativa a la sujeción al impuesto en aquellas transmisiones que provienen de una adquisición a título lucrativo; en este sentido, haremos referencia a la actuación de algunos Ayuntamientos del Territorio Histórico de Bizkaia, entre ellos el de Bilbao.

II. EL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA

2.1 Antecedentes y regulación

El IIVTNU es también conocido como “Impuesto de Plusvalía”, ya que la primera vez que los poderes públicos tomaron en cuenta el incremento de valor de los terrenos como materia imponible fue en el año 1910, cuando Canalejas atribuyó a los municipios la posibilidad de establecer el “arbitrio de plusvalía”. Algunos proyectos más se presentaron¹¹ hasta la im-

¹⁰ Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. *Boletín Oficial del Estado*, de 9 de marzo de 2004, n° 59, pp. 10284-10342.

¹¹ El 8 de noviembre de 1915, el proyecto de Ley Bugallal, que lo configuraba como impuesto estatal; el 24 de septiembre de 1916 el Proyecto de Ley Alba, también estatal; el 16 de julio de 1918 el proyecto de González Besada, sobre las bases del de 1910. Ley

plantación por Real Decreto de 13 de marzo de 1919, del Arbitrio sobre los Incrementos de Valor de los Terrenos, en favor de los Ayuntamientos, manteniendo la naturaleza potestativa. Las normas que con posterioridad lo regularon hasta 1978, mantuvieron el carácter municipal y potestativo del tributo. Sin embargo, a partir del Real Decreto ley 15/1978, de 7 de junio¹², subsiste el carácter municipal, pero pasó a ser, por primera vez, de obligada imposición para los municipios capitales de provincia o con población igual o superior a veinte mil habitantes. La Ley 39/1998, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales¹³, vuelve a otorgar al Impuesto el carácter potestativo para todos los Ayuntamientos, circunstancia que se mantiene en la legislación vigente contenida en el TRLRHL.

En cuanto a su regulación, en territorio común, debemos estar a lo establecido en los artículos 104 a 110 del citado TRLRHL, y a falta de disposiciones reglamentarias dictadas por el Estado, para su concreta aplicación, atenderemos a las normas de las correspondientes Ordenanzas Municipales, que necesariamente deberá aprobar el Ayuntamiento que quiera exaccionar este impuesto.

En relación con los Territorios Históricos (en adelante, TTHH), el vigente Concierto Económico por el que se regulan las relaciones de orden tributario y financiero entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco, no contiene referencia expresa al IIVTNU, pero su artículo 42 hace una mención general a la posibilidad de que las instituciones

de Autorizaciones de 2 de marzo de 1917, la primera Ley que autorizaba a un Gobierno para imponer este arbitrio municipal.

¹² Real Decreto Ley 15/1978, de 7 de junio, sobre aplicación inmediata del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, relativo a ingresos de las Corporaciones Locales y sobre dotación de los presupuestos especiales de urbanismo correspondientes a 1978. *Boletín oficial del Estado*, 9 de junio de 1978, n.º 137, pp. 13463 a 13464.

¹³ Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. *Boletín oficial del Estado*, 30 de diciembre de 1988, n.º 313, pp. 36636 a 366665.

competentes de los TTHH puedan mantener, establecer y regular otros tributos propios de las Entidades Locales, con vinculación a la estructura general establecida para el sistema tributario local en régimen común¹⁴. En ejercicio de esta facultad, se han aprobado las Normas Forales reguladoras del IIVTNU, 46/1989, de 19 de julio en Álava; NF 16/1989, de 5 de julio, de Gipuzkoa y NF 8/1989, de 30 de junio, de Bizkaia¹⁵.

En el caso de Navarra, se estará a lo establecido en Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra¹⁶; concretamente en su Capítulo V.

2.2 Fundamento del IIVTNU

Este impuesto local, de carácter potestativo, directo, objetivo, real y de devengo instantáneo, que grava el incremento de valor que experimentan los terrenos, con motivo de su transmisión, tiene su base legal en el artículo 47 CE: “la comunidad participará en las plusvalías que genera la acción urbanística”. Señala ORÓN MORATAL que es frecuente encontrar la afirmación de que “el IIVTNU es el único impuesto que encuentra su fundamento directo en la Constitución, por ser una forma de participación de las comunidades en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos”¹⁷.

¹⁴ Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de mayo de 2002, n° 124, pp. 18617 a 18636.

¹⁵ Norma Foral 8/1989, de 30 de junio del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Boletín Oficial de Bizkaia*, 19 de junio de 1989.

¹⁶ Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra. *Boletín Oficial de Navarra*, 20 de marzo de 1995, n° 36.

¹⁷ ORÓN MORATAL, Germán. “El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”. En MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego (Coord.). *Los tributos locales*. Segunda Edición. Madrid: Ed: Civitas, 2010, pp. 687 a 770.

En todo caso, el fundamento de esta figura impositiva no es gravar el posible incremento de valor experimentado por el correspondiente terreno como consecuencia de la actuación de su titular, sino el incremento de valor de los terrenos derivado de actividades ajenas a dicho titular, fundamentalmente, de la acción urbanística. En este sentido se ha pronunciado la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT):

“El fundamento del IIVTNU no es tanto gravar el incremento real provocado por el titular del terreno por diferencia entre unos precios de venta y compra, sino que trata de gravar el incremento de valor del terreno como consecuencia de la acción urbanística del propio municipio donde se encuentra (instalación o mejora del alumbrado público, aceras, mobiliario urbano, etc.) produciéndose que el sujeto pasivo devuelva a la colectividad parte del beneficio por el obtenido”¹⁸.

2.3 Hecho imponible

El hecho imponible del IIVTNU se encuentra definido en idénticos términos en el artículo 104.1 del TRLRHL y en el artículo primero de las Normas Forales del IIVTNU de los TTHH de Bizkaia, Gipuzkoa y Álava:

“El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana es un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos”.

¹⁸ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos, V0153-14, de 23 de enero de 2014, Ref. Dirección General de Tributos.

En el apartado segundo de dicho artículo, se recoge taxativamente que únicamente estarán sujetos a al IIVTNU los terrenos que tengan la consideración de urbanos “a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, con independencia de que estén o no contemplados como tales en el Catastro o en el padrón de aquél... y los clasificados como de características especiales a efectos del impuesto sobre bienes inmuebles”, quedando no sujetos los considerados a efectos del IBI de de naturaleza rústica.

Añadiendo a continuación que a los efectos de este impuesto estará asimismo sujeto a este el incremento del valor que experimentan los terrenos integrados en los bienes inmuebles.

En definitiva, y como bien señala MERINO JARA, para que tenga lugar el hecho imponible del IIVTNU, es preciso que concurren varios elementos o circunstancias. En primer lugar, la existencia de un terreno que tenga la calificación de urbano. En segundo lugar, que se ponga de manifiesto la existencia de un incremento de valor y finalmente, que dicho incremento de valor se produzca como consecuencia de la transmisión del terreno o de la constitución o transmisión de un derecho real de goce limitativo del dominio. Puntualiza el autor, que “el incremento de valor debe concurrir para que nazca la obligación tributaria, de manera que si tal elemento no concurre nos encontraríamos ante un supuesto de no sujeción”¹⁹.

2.4 Base imponible

El artículo 107 TRLRHL y el artículo 4 de las Normas Forales de Bizkaia, Gipuzkoa y Álava, establecen que la base imponible de este impuesto está constituida “por el incremento de valor de los terrenos, puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo

¹⁹ MERINO JARA, Isaac. “Inconstitucionalidad parcial del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”. *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*. 2017, n° 230.

de un periodo máximo de 20 años”. Para determinar la base imponible, debe tenerse en cuenta el valor del terreno en el momento del devengo, cuyas reglas de determinación se establecen en el apartado segundo, y el porcentaje anual que corresponda aplicar, señalado en el apartado tercero.

En efecto, el apartado segundo recoge las reglas para la determinación del valor de terreno en el momento del devengo en los siguientes supuestos: en las transmisiones de terrenos, dispone la ley, que el valor será el que tengan determinado en dicho momento a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles; en la constitución y transmisión de derechos reales de goce limitativos de dominio, establece el precepto, que “los porcentajes anuales contenidos en el apartado 3, se aplicarán sobre la parte del valor definido en la letra anterior que represente, respecto del mismo, el valor de los referidos derechos calculado mediante la aplicación de las normas fijadas a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”; en la constitución o transmisión del derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio o terreno, o del derecho de realizar la construcción bajo suelo sin implicar la existencia de un derecho real de superficie, señala, “que los porcentajes anuales contenidos en el apartado 3 de este artículo se aplicarán sobre la parte del valor definido en la letra a) que represente, respecto del mismo, el módulo de proporcionalidad fijado en la escritura de transmisión o, en su defecto, el que resulte de establecer la proporción entre la superficie o volumen de las plantas a construir en vuelo o subsuelo y la total superficie o volumen edificados una vez construidas aquéllas”; finalmente, respecto a los supuestos de expropiaciones forzosas, se establece que “los porcentajes anuales contenidos en el apartado 3 de este artículo se aplicarán sobre la parte del justiprecio que corresponda al valor del terreno, salvo que el valor definido en la letra a) del apartado 2 anterior fuese inferior, en cuyo caso prevalecerá este último sobre el justiprecio”.

El apartado cuarto del citado precepto del TRLRHL, recoge los porcentajes mínimos anuales a aplicar sobre el valor del terreno en el momento del devengo, que cada Ayuntamiento fija en sus respectivas Ordenanzas Municipales.

III. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

3.1 Planteamiento

La Sala del Tribunal Constitucional en las Sentencias 26/2017 de 16 de febrero, 37/2017 de 1 de marzo y 59/2017 de 11 de mayo, ha declarado nulos e inconstitucionales los artículos referidos al sistema de cálculo de la base imponible del IIVTNU, “en la medida en que somete a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica”.

Sin embargo, con anterioridad a dichos pronunciamientos, los órganos judiciales, a la hora de tratar los supuestos de no incremento de valor de las transmisiones de bienes sujetos al IIVTNU, eran proclives a señalar que la determinación de la base imponible se tenía que llevar a cabo necesariamente mediante criterios de carácter objetivo, operando como ficción jurídica o presunción *iuris et de iure*, es decir, sin admitir prueba en contrario. De acuerdo con esta postura, se produce siempre y en todo caso un incremento de valor y por ende, el hecho imponible del impuesto, cuya base imponible vendrá dada indefectiblemente por el resultado de aplicar las normas de cuantificación contempladas en los artículos 107 del TRLRHL y 4 de las Normas Forales de los TTHH.

En esta línea se pronunciaba el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, señalando, que la regla de valoración normativa no se podía sustituir ni alterar voluntariamente:

El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Incidencia en el País Vasco

“No se está con ello ante ningún tipo de presunción legal, sino ante lo que doctrinalmente suele calificarse como regla normativa de valoración, que forma parte inherente de la estructura de la norma y que el intérprete u operador no puede sustituir ni alterar a voluntad”²⁰.

En este mismo sentido, ha señalado la DGT, que “el impuesto no somete a tributación una plusvalía real”, sino que por expreso deseo del legislador, se estaba gravando la plusvalía cuantificada a través de un método objetivo disociado de la realidad, de forma que podía ser inferior o superior al incremento real del terreno, no admitiendo prueba en contrario²¹.

Como consecuencia de los pronunciamientos previamente descritos, nos encontramos con resoluciones como la del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Barcelona, de 11 de diciembre de 2014, que desestimó un recurso fundado en la nulidad de las liquidaciones del IIVTNU al no ser exigible dicho impuesto por la inexistencia de hecho imponible, puesto que en las operaciones de compraventa en cuestión, no se habían generado incrementos de valor entre la fecha de adquisición y la fecha de transmisión. Sin embargo, se señaló que “la base imponible del IIVTNU no es una presunción iuris tantum, sino un criterio objetivo fijado por el legislador y de obligado cumplimiento”, y que mientras no se modifique la normativa vigente, la misma goza de presunción de legalidad y de constitucionalidad²².

Correlativamente, por mucho que pueda ser evidente y notorio el decremento de valor de los inmuebles, se desprendía de la jurisprudencia

²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, 446/2016 de 24 de octubre, Ref. Aranzadi, n° 2016/1490.

²¹ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos, V0291-14, de 6 de febrero de 2014, Ref. Aranzadi, n° 2014/116554.

²² Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo 291/2014, de 11 diciembre, Ref. Aranzadi, n° 2015/191599.

que si se comparaba su valor real en la fecha de adquisición con la fecha de transmisión y por mucho que esta realidad se constatará mediante dictamen pericial o documental, no puede defenderse la no sujeción al impuesto. El Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Pamplona de 13 de junio de 2014 consideró, que el propietario de un terreno debía asumir los riesgos por la depreciación de sus propiedades:

“Cuando la pérdida de valor del terreno no se debe a una actuación administrativa, sino a la evolución negativa de la coyuntura económica, el propietario que adquirió voluntariamente el terreno y, que de ser positiva dicha coyuntura se hubiera beneficiado de la revalorización del mismo, debe asumir también el riesgo de una rentabilidad negativa por la depreciación de sus propiedades, sin derecho a compensación”²³.

Los pronunciamientos descritos eran cada vez mayores a medida que la crisis económica dominaba el sector inmobiliario. En esta época, la venta de bienes sujetos al IIVTNU por un valor inferior al que se habían adquirido no era un hecho aislado, más bien una realidad muy frecuente. Consecuentemente, la constitucionalidad del IIVTNU en relación con los preceptos reguladores del cálculo de su base imponible empezó a verse cuestionada, dado que parecía vulnerar dos de los principios fundamentales del sistema tributario: la capacidad económica y la no confiscatoriedad. A pesar de ello, la DGT, en la ya señalada Consulta de 23 de enero de 2014, afirmaba, que al igual que el Ayuntamiento encargado de la comprobación tributaria no podía atribuir una cuantía mayor cuando el valor de mercado de los inmuebles se incrementaba muy por encima de los valores catastrales, tampoco cabe solicitar la aplicación de una base imponible menor e incluso la no sujeción, cuando se considere que se ha

²³ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 107/2014 de 13 de junio, Ref. Aranzadi, nº 2014/1675.

producido un incremento de valor real menor o que éste no ha existido, respectivamente²⁴. Ello se debe, como se ha señalado, a que el legislador decidió determinar el incremento de valor del terreno en base a una fórmula objetiva regulada en el artículo 107 del TRLRHL y en el artículo 4 de las Normas Forales de los TTHH.

Ante este panorama, no faltaban autores como CAYÓN GALIARDO, que consideraban muy acertadamente, que el efecto del incremento del valor del inmueble quedaba desmentido debido a la crisis del sector inmobiliario: “no son raras las operaciones en las que los contribuyentes, que han sufrido una clara pérdida, deben tributar debido a que la ley siempre tiene el falso efecto de crear una ganancia”²⁵. Y por su parte, FALCÓN Y TELLA manifestó, como muchos otros, la inadecuación de la premisa en la que se basa la regulación del IIVTNU, en virtud de la cual el suelo siempre sube de valor²⁶.

3.2 Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

Como era de esperar, la polémica relacionada con el IIVTNU llegó al Pleno del Tribunal Constitucional que, por Providencia de 28 de abril de 2015, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad en la que se planteaba el siguiente supuesto de hecho: entidad mercantil que vendió en enero del 2014 un inmueble de su propiedad sito en el término municipal de Irún, por un importe de 600.000 euros que había sido adquirido en mayo de 2013 por un importe de 3.101.222,45 euros.

²⁴ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos, V0153-14, de 23 de enero de 2014, Ref. Dirección General de Tributos.

²⁵ CAYÓN GALIARDO, Antonio. “Las reactivadas dudas sobre la constitucionalidad del IIVTNU”. *Revista Técnica Tributaria*, n° 110, 2015, p. 15.

²⁶ FALCÓN Y TELLA, Ramón. “El IIVTNU y la pérdida de valor de los inmuebles: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo, n° 13 de Barcelona de 22 de enero de 2013”. *Quincena fiscal*, n° 21, 2013, p. 9.

Fruto de la anterior transmisión, el Ayuntamiento de Irún le giró una liquidación tributaria por este impuesto de 17.899,44 euros.

En este sentido, la Norma Foral del IIVTNU en Gipuzkoa impedía, al igual que en los TTHH de Bizkaia y Álava y en territorio común, como hemos expuesto, cualquier prueba en contrario en la determinación de la base imponible del tributo, reduciéndose las posibilidades impugnatorias a la aplicación correcta de las normas reguladoras del impuesto.

La cuestión de inconstitucionalidad culminó con la Sentencia del Tribunal Constitucional número 26/2017, de 16 de febrero, referida a la regulación del IIVTNU en Gipuzkoa, por la que se declaran inconstitucionales y nulos los artículos 4.1, 4.2 a) y 7.4 de la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, en la medida, únicamente, en la que someten a tributación situaciones de inexistencia de incremento de valor. Con posterioridad, se pronunció en este mismo sentido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 37/2017, de 1 de marzo 2017, respecto a los mismos artículos de la Norma Foral sobre el IIVTNU de Álava y finalmente, en relación con la normativa de territorio común, en la Sentencia número 59/2017, de fecha 11 de mayo de 2017, declarando inconstitucionales y nulos los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del TRLRHL “en la medida en que sometan a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor”.

La Sala del Tribunal Constitucional hace referencia en las citadas sentencias, “a los supuestos de no incremento o incluso de decremento en el valor de los terrenos de naturaleza urbana” llegando a la conclusión, de que no existe ninguna justificación en el hecho de “imponer a los sujetos pasivos del impuesto la obligación de soportar la misma carga tributaria que correspondía a las situaciones de incrementos derivados del paso del tiempo”, y por ello se admitió, que se estaban sometiendo a tributación situaciones de hecho inexpresivas de la capacidad económica en contra del principio garantizado en el artículo 31.1 CE.

Si bien es cierto que es válida la política legislativa consistente en someter a tributación los incrementos de valor mediante un sistema de cuantificación objetiva de capacidades económicas potenciales, entiende el Tribunal Constitucional, que “una cosa es gravar una renta potencial (el incremento de valor que presumiblemente se produce con el paso del tiempo en todo terreno de naturaleza urbana) y otra muy distinta es someter a tributación una renta irreal”.

El Alto Tribunal, destaca, además, en la Sentencia 59/2017 de 11 de mayo, que el objeto del impuesto regulado por la norma estatal cuestionada es el incremento de valor que podrían haber experimentado los terrenos durante un determinado intervalo de tiempo. Sin embargo, el gravamen no se vincula necesariamente a la existencia de ese incremento, sino a la mera titularidad del terreno durante un periodo de tiempo.

“Resulta, entonces, que aun cuando de conformidad con su regulación normativa, el objeto del impuesto analizado es el “incremento de valor” que pudieran haber experimentado los terrenos durante un intervalo temporal dado, que se cuantifica y somete a tributación a partir del instante de su transmisión, el gravamen, sin embargo, no se anuda necesariamente a la existencia de ese “incremento” sino a la mera titularidad del terreno durante un período de tiempo computable que oscila entre uno (mínimo) y veinte años (máximo). Por consiguiente, basta con ser titular de un terreno de naturaleza urbana para que se anude a esta circunstancia, como consecuencia inseparable e irrefutable, un incremento de valor sometido a tributación que se cuantifica de forma automática, mediante la aplicación al valor que tenga ese terreno a efectos del impuesto sobre bienes inmuebles al momento de la transmisión, de un porcentaje fijo por cada año de tenencia, con independencia no sólo del quantum real del mismo, sino de la propia existencia de ese incremento”.

En consecuencia, los preceptos que regulan la cuantificación de la base imponible del IIVTNU, tanto en las Normas Forales de Álava y Gipuzkoa, como en el TRLRHL, son declarados inconstitucionales, si bien es cierto, señala el Tribunal Constitucional, que únicamente en la medida “en que no han previsto excluir del tributo las situaciones inexpressivas de capacidad económica por inexistencia de incrementos de valor”.

En efecto, la inconstitucionalidad no se predica del impuesto en sí, sino solamente en relación con aquellos casos en los que no hay un incremento de valor, ni siquiera de forma potencial. Para el Tribunal Constitucional estamos en presencia de una auténtica ficción jurídica conforme a la cual, la mera titularidad de unos terrenos de naturaleza urbana genera en todo caso, en su titular al momento de su transmisión y al margen de la situación real de cada supuesto, un incremento de valor sometido a tributación, respecto del cual, la norma no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene.

Finalmente, advierte el Tribunal Constitucional que corresponde al legislador, a partir de la publicación de las citadas sentencias, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones del régimen legal del impuesto que permitan no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. Y como bien señalaba SOTO MOYA, ante esta situación, la reforma de la regulación estatal no puede hacerse esperar, pues la vulneración de los principios de justicia tributaria cuando no hay un incremento gravable es más que evidente²⁷.

²⁷ SOTO MOYA, María. “La inaplazable reforma el IIVTNU tras su declarada inconstitucionalidad”. *Revista Quincena fiscal*. 2017, nº 11, pp. 61 a 76.

3.3 Vulneración de principios constitucionales (artículo 31.1 CE)

Los preceptos anteriormente citados en relación con el cálculo del IIVTNU son inconstitucionales y nulos, pero únicamente “en la medida en que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor e impiden a los sujetos pasivos que puedan acreditar esta circunstancia”, como bien reitera el Tribunal Constitucional.

Ello se debe fundamentalmente, a la vulneración de dos principios que ya han sido señalados con anterioridad: el principio de capacidad económica y el de no confiscatoriedad. El artículo 31.1 CE relativo a que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”, configura un mandato que vincula no solo a los ciudadanos sino también a los poderes públicos ya que, como señala el Pleno del Tribunal Constitucional en la Sentencia de 4 de noviembre de 2004:

“Si los unos están obligados a contribuir de acuerdo con su capacidad económica al sostenimiento de los gastos públicos, los poderes públicos están obligados, en principio, a exigir esa contribución a todos los contribuyentes cuya situación ponga de manifiesto una capacidad económica susceptible de ser sometida a tributación”²⁸.

También recuerda en este sentido, que la capacidad económica opera de forma singular respecto de cada persona, así como que la Constitución prohíbe expresamente y en todo caso la confiscatoriedad, de tal manera que cualquier tributo que agote la riqueza imponible o que someta a

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, 193/2004 de 4 de noviembre, Ref. Aranzadi, nº 2004/193.

gravamen una riqueza inexistente, estaría incurriendo en un resultado confiscatorio contrario a la Constitución²⁹.

El método de valoración objetivo establecido en el artículo 107 TRLRHL, así como en el artículo 4 de las Normas Forales de los TTHH, ha sido declarado inconstitucional, en la medida en que grava consecuencias no reales, en contra del principio de capacidad económica. Pero, además, ante la inexistencia de una plusvalía en la transmisión de inmuebles sujetos al IIVTNU, se vulneran también otros principios, como el principio de no confiscatoriedad, de equidad y justicia. SOTO MOYA señala en este sentido que, en efecto, el problema se suscita en relación con el incremento del valor que deriva de la aplicación de unos preceptos que configuran unas plusvalías que no son reales ni ciertas. Es por ello, por lo que la consecuencia no es sólo la transgresión de la capacidad económica, sino que puede incluso alcanzar el carácter confiscatorio³⁰.

a. Principio de capacidad económica

El principio de capacidad económica implica, como señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, que “han de contribuir a las cargas públicas quienes tengan capacidad económica para ello”³¹. Otros autores, como FERREIRO LAPATZA, lo definen como “el tratamiento igual de los iguales y desigual de los desiguales” o que “a igual capacidad económica igual gravamen, y a desigual capacidad económica desigual gravamen”³².

²⁹ GARRIGUES. “Newsletter Fiscal Foral País Vasco”. Abril 2017, p. 5. Web de Garrigues. https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/newsletter-tributario-abril-2017.

³⁰ SOTO MOYA, M.: “La inaplazable reforma ...”. *Op. Cit.*, pp. 61-76.

³¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Ordenamiento Tributario Español*, vol. I, Madrid: Ed. Civitas, 1985, p. 71.

³² FERREIRO LAPATZA, José Juan: *Curso de Derecho Financiero Español*, vol. I. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004, p. 58.

El Pleno del Tribunal Constitucional, en virtud de la sentencia de 16 de febrero de 2017, se refiere a la capacidad económica como un principio constitucional, que impide al legislador establecer tributos cuya materia u objeto imponible no constituya una manifestación de riqueza real o potencial:

“En todo caso, que el legislador establezca tributos sea cual fuere la posición que los mismos ocupen en el sistema tributario, de su naturaleza real o personal, e incluso de su fin fiscal o extrafiscal, cuya materia u objeto imponible no constituya una manifestación de riqueza real o potencial, no le autoriza a gravar riquezas meramente virtuales o ficticias y, en consecuencia, inexpresivas de capacidad económica”.

En definitiva, en virtud de este principio, se prohíbe gravar riquezas meramente virtuales o ficticias y, en consecuencia, inexpresivas de capacidad económica. Añade la citada sentencia, que el art. 31.1 CE exige, que la contribución de cada individuo al sostenimiento de los gastos públicos se ha de realizar “no de cualquier manera”, sino “de acuerdo con su capacidad económica, erigiéndose en un criterio inspirador del sistema tributario, en un principio ordenador de dicho sistema”, que a diferencia de otros principios, opera singularmente respecto de cada persona.

En suma, la regulación del IIVTNU no contemplaba la posible existencia de una minusvalía en el momento de realizar una transmisión, con lo que estaba haciendo depender la prestación tributaria de situaciones que no son expresivas de capacidad económica y, en consecuencia, se han estado sometiendo a tributación manifestaciones de riqueza no ya potenciales, sino inexistentes o ficticias y, por lo tanto, contrarias a la capacidad económica del contribuyente.

Se ha de tener en cuenta, como señala COLAO MARÍN, que la mera fundamentación constitucional o social no fundamenta el gravamen si no

existe tal capacidad económica en el caso concreto³³. La consecuencia de todo lo anterior, como afirma CAYÓN GALIARDO es, que el fundamento del impuesto basado en el artículo 47 de la CE, va a prestar un escaso servicio al tributo y a su aceptación. Y esto es así, porque su configuración normativa lo aleja de la finalidad perseguida como principio de la política social y económica, “de suerte que terminará por ser un elemento más bien útil para su crítica que para su consolidación en el conjunto del sistema”³⁴. MARTÍN DELGADO también advierte en este sentido, que los tributos deben intervenir orientando a los ciudadanos en sus elecciones económicas³⁵. En efecto, en la actualidad, una de las finalidades perseguidas más importantes debe ser la de la mejora de la situación económica de los ciudadanos. Sin embargo, este objetivo no puede cumplirse si se establece una carga sobre una capacidad económica inexistente.

Por todo lo anterior, y como señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 11 de diciembre de 1992, el principio de capacidad económica, a efectos de contribuir a los gastos públicos es una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde se encuentra³⁶. Consecuentemente, el hecho de someter a tributación unas plusvalías inexistentes o ficticias, por aplicación de los artículos 107 TRLRHL y 4 de las Normas Forales de los TTHH, explica que hayan sido declarados los preceptos cuestionados nulos e inconstitucionales, “en la medida en que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor e imponen a los sujetos pasivos que puedan acreditar esta circunstancia”.

³³ COLAO MARÍN, Pedro Ángel. “IIVTNU, principios constitucionales y sistema jurídico tributario”. *Quincena fiscal*. n° 20, 2016, p. 58.

³⁴ CAYÓN GALIARDO, A. “Las reactivadas dudas sobre ...”. *Op. Cit.*, p. 18.

³⁵ MARTÍN DELGADO, J.M. “Derecho financiero y derechos fundamentales...”. *Op. Cit.*, pp. 72 y 73.

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, 221/1992, de 11 de diciembre, Ref. *Boletín Oficial del Estado*, ECLI:ES:TC:1992:221.

b. Principio de no confiscatoriedad

En relación con la interdicción constitucional de la confiscatoriedad de los tributos regulada en el artículo 31.1 CE, señala el Tribunal Constitucional, en la Sentencia del 4 de octubre de 1990 que, en virtud de este principio, se obliga “a no agotar la riqueza imponible, so pretexto del deber de contribuir”. Añade, que el supuesto de confiscatoriedad tendría lugar, si se privara al sujeto pasivo de sus “rentas y propiedades” por aplicación de los diferentes impuestos que conforman el sistema tributario, “desconociendo, por la vía fiscal indirecta, la garantía prevista en el artículo 33.1 de la Constitución, el derecho a la propiedad privada”³⁷.

No obstante, el Tribunal Supremo destaca, que este principio no puede predicarse por el mero hecho de que su exacción produzca efectos gravosos, siendo necesaria la prueba que demuestre, que la imposición menoscaba la fuente de riqueza de donde deriva el hecho imponible³⁸.

Finalmente cabe añadir, que “el principio de no confiscatoriedad pone en relación el sistema tributario con el derecho a la propiedad, reconocido en el artículo 33 de la Constitución”³⁹, y dado que lo que se prohíbe es que la imposición tenga alcance confiscatorio, añade el Alto Tribunal en la sentencia anteriormente mencionada, que la prohibición debe aplicarse al sistema en su conjunto y no solo a cada una de sus figuras ya que “siendo confiscatoria cada una de esas figuras tributarias en particular, la aplicación conjunta de todas ellas llegará a privar al sujeto pasivo de sus rentas o propiedades”.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, 150/1990, de 4 de octubre. Ref. *Boletín Oficial del Estado*, n° 266.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, 7576/2000, del 21 de octubre, Ref. Consejo General del Poder Judicial, n° STS 7579/2000.

³⁹ Biblia de los tributos de Gipuzkoa. “Capítulo I. Principios Generales, objeto y ámbito de aplicación”. Marzo 2018, Wolters Kluwer.

3.4 Consecuencias inmediatas de la declaración de inconstitucionalidad

Como consecuencia a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 4.1, 4.2 a) y 7.4 de las Normas Forales de Gipuzkoa y Álava, así como de los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del TRLRHL, dichos preceptos han quedado expulsados del ordenamiento jurídico *ex origine*, consecuencia que, obvia y necesariamente, ha sido asumida por diversos Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados del orden Contencioso Administrativo. En este sentido, la Norma Foral de Bizkaia reguladora del IIVTNU, configura la base imponible del mismo en los mismos términos que las respectivas a Álava y Gipuzkoa. Por ello, han de entenderse los preceptos citados igualmente expulsados de ésta última.

Estas sentencias abren la posibilidad de poder recuperar el IIVTNU en aquellas transmisiones realizadas en el pasado en las que pueda constatarse la pérdida de valor del terreno y respecto de las cuales se autoliquidó el IIVTNU. Incluso podría permitirse la revisión de aquellas situaciones en las que, como consecuencia de la determinación de la base imponible de forma objetiva, el impuesto haya consumido totalmente el beneficio obtenido o haya supuesto un gravamen desproporcionado de la plusvalía real⁴⁰.

La doctrina y jurisprudencia, en base a los fallos del Tribunal Constitucional, han realizado un llamamiento al legislador, en aras de colmar la incertidumbre generada con dichos pronunciamientos. Así, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Santander señala entre otros, que:

“La ausencia objetiva de incremento de valor del terreno impide que la transmisión quede sujeta a tributación por el impuesto y, que la Administración carece de cobertura normativa que le habilite a exigir el IIVTNU, en tanto que no hay un método de de-

⁴⁰ GARRIGUES. “Newsletter Fiscal...”. *Op. Cit.*, p. 5.

terminación de la base imponible, constitucionalmente admitido, sin que esta ausencia puede ser resuelta por los órganos de gestión, sino que tan sólo puede ser colmada por el legislador mediante la aprobación de una nueva normativa”⁴¹.

3.5 Cambios normativos posteriores a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

Tanto en territorio común como en los TTHH, se han dado los primeros pasos encaminados a adaptar la normativa vigente a los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En este sentido, el legislador ha admitido, que para que nazca la obligación tributaria, es necesaria la existencia de un incremento de valor de los terrenos.

El 9 de marzo de 2018, se ha publicado la Proposición de Ley, en territorio común, por la que se modifica el texto refundido de la TRLRHL, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias⁴². En su exposición de motivos señala, que el objeto de la Ley es dar una rápida respuesta al mandato del Alto Tribunal de llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto como consecuencia de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional, sin esperar el completo desarrollo del proceso de reforma abierto con la creación por parte del Gobierno de la Comisión de Expertos para la revisión y análisis del actual sistema de financiación local.

Entre las distintas modificaciones propuestas, se introduce un nuevo supuesto de no sujeción al IIVTNU para los casos en los que el sujeto

⁴¹ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Santander 123/2017, de 14 de junio, Ref. Aranzadi, nº 2017/230412.

⁴² Proposición de Ley por la que se modifica el texto refundido de la TRLRHL, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 9 de marzo de 2018, nº 225-1.

pasivo acredite, que no ha obtenido un incremento de valor por diferencia entre los valores reales de transmisión y adquisición del terreno. Por otro lado, con el objeto de mejorar técnicamente la determinación de la base imponible, se sustituyen los porcentajes anuales aplicables sobre el valor del terreno para la determinación de la base imponible del impuesto por unos coeficientes máximos establecidos en función del número de años transcurridos desde la adquisición del terreno, que serán actualizados anualmente, mediante una norma con rango legal, teniendo en cuenta la evolución del mercado inmobiliario, así como los coeficientes de actualización de valores catastrales a que se refiere el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo⁴³. Finalmente, y como consecuencia de la introducción del citado supuesto de no sujeción, se establece que los Ayuntamientos podrán efectuar las comprobaciones que correspondan en su caso.

En Álava, Gipuzkoa y Bizkaia, se han publicado respectivamente el Decreto Normativo de Urgencia Fiscal 3/2017, de 20 de junio⁴⁴, el Decreto Foral-Norma 2/2017, de 28 de marzo⁴⁵ y el Decreto Foral Normativo 3/2017, de 20 de junio⁴⁶, con el objeto, también, de dar respuesta

⁴³ Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. *Boletín Oficial del Estado*, 9 de marzo de 2004, n° 58, pp. 10137 a 10154.

⁴⁴ Decreto Normativo de Urgencia Fiscal 3/2017, del Consejo de Gobierno Foral de 28 de marzo, relacionado con el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Boletín Oficial de Álava*, 5 de abril de 2017, n° 40.

⁴⁵ Decreto Foral-Norma 2/2017, de 28 de marzo, por el que se modifica el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. *Boletín Oficial de Gipuzkoa*, 31 de marzo de 2017, n° 64.

⁴⁶ Decreto Foral Normativo 3/2017, de 20 de junio, por el que se modifica la Norma Foral 8/1989, de 30 de junio, sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Boletín Oficial de Bizkaia*, 22 de junio de 2017, n° 119.

El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Incidencia en el País Vasco

normativa inmediata a los efectos de las citadas sentencias del Tribunal Constitucional en la aplicación del IIVTNU, y sin perjuicio, señala la introducción del Decreto Normativo de Álava, “de establecer en un futuro una regulación normativa más profunda”.

Estas reformas, al igual que la Proposición de Ley en territorio común, parten del presupuesto de que para que nazca la obligación de satisfacer el impuesto será precisa la existencia de un incremento de valor de los terrenos “puesto de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce limitativo del dominio, sobre los mismos”.

En definitiva, como señala SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO:

“Resulta clarividente que el Decreto Foral-Norma pretende aclarar el supuesto de hecho necesario para que nazca la obligación tributaria; esto es, evidentemente, que se produzca un efectivo incremento de valor de los terrenos, que se determinará por un método comparativo: la diferencia entre los valores de adquisición y de transmisión”⁴⁷.

Sin embargo, si bien es cierto que se ha introducido el citado supuesto de no sujeción, han mantenido el sistema para determinar la base imponible del IIVTNU intacto. Por ello, podría considerarse, que estas reformas no han extraído todas las consecuencias de los principios marcados por el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas, lo que quizá se pueda acometer más adelante en una reforma más en profundidad⁴⁸.

⁴⁷ SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, Guillermo. “La base imponible del IIVTNU a debate. Medición y fórmula de cálculo tras los pronunciamientos recientes”. *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*. 2017, nº 231.

⁴⁸ GARRIGUES. “Newsletter Fiscal ...”. *Op. Cit.*, p. 5.

En definitiva, y a pesar de que las nuevas regulaciones recogen, sin lugar a dudas, el espíritu y las recomendaciones del Tribunal Constitucional, todavía quedan pendientes por resolver algunas cuestiones problemáticas, como la que comentaremos en el siguiente epígrafe, referida a aquellos supuestos concretos en los que la transmisión viene precedida de una adquisición lucrativa en la que no se ha producido un desembolso efectivo, pero que resulta ser de un valor inferior al declarado o comprobado por la Administración en el impuesto que la gravó.

IV. ADQUISICIONES A TÍTULO LUCRATIVO Y POSTERIOR TRANSMISIÓN

Nos consta la práctica de algunos Ayuntamientos del Territorio Histórico, entre ellos el de Bilbao, de considerar en relación con las liquidaciones del IIVTNU, que se genera siempre y en todo caso una plusvalía cuando la transmisión objeto de tributación se realiza sobre un inmueble que fue adquirido a título lucrativo y con independencia de que se transmite a un valor inferior al que se adquirió por dicho título.

Ello es consecuencia de la incertidumbre generada no solo por las sentencias previamente analizadas, sino también porque el legislador, al menos en Bizkaia, debería haber contemplado este supuesto en el Decreto Foral Normativo 3/2017, de 20 de junio y no lo ha hecho, a diferencia de lo que ocurre en la Proposición de Ley en territorio común:

“Cuando la adquisición o la transmisión hubiera sido a título lucrativo se aplicarán las reglas de los párrafos anteriores, tomando por importe real de los valores respectivos aquellos que consten en la correspondiente declaración del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, o bien el comprobado administrativamente por la Administración tributaria a quien corresponda la gestión del impuesto que grava la transmisión en caso de que sea mayor a aquel”.

Por lo tanto, son dos las posturas que existen en la actualidad, en relación con la determinación del valor de adquisición de inmuebles adquiridos a título lucrativo que se transmiten posteriormente. Por un lado, que se considere que siempre y en todo caso hay hecho imponible, es decir, una plusvalía, suponiendo un valor de adquisición “cero”. Y, por otro lado, que se contemple que no hay plusvalía, si habiendo adquirido el inmueble a título lucrativo se transmite a título oneroso por un precio inferior al valor de adquisición, valorado a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, o bien, el comprobado por la Administración tributaria a quien corresponda la gestión del impuesto que grava la transmisión, en caso de que sea mayor al primero.

4.1 Vulneración de principios constitucionales (Artículo 31 CE). Inexistencia de plusvalía

La declaración de inconstitucionalidad y nulidad del Tribunal Constitucional de los artículos referidos al sistema de cálculo de la base imponible del IIVTNU, en la medida en que “somete a tributación situaciones inexpressivas de capacidad económica” cuestiona, si en el supuesto planteado, nos encontramos ante una vulneración del principio de capacidad económica y más aún, si el tributo puede llegar a tener carácter confiscatorio. Ello será determinante para poder incluirlo en los supuestos de no sujeción recientemente considerados por el legislador, en la última modificación del Decreto Foral Normativo 3/2017.

Si se adquirió a título oneroso el inmueble que va a ser transmitido, sin producirse plusvalía alguna, la sujeción al IIVTNU sería contraria al principio de capacidad económica e incluso, podría llegar a ser confiscatorio si agota la riqueza del contribuyente como consecuencia de la tributación, tal y como hemos visto. Sin embargo, no queda tan claro en

el supuesto en el que se transmite un inmueble que se adquirió a título gratuito, y por ello, es ahora objeto de análisis.

En primer lugar, como ya se ha estudiado con anterioridad, la vulneración del principio de capacidad económica del impuesto impide considerar como hecho imponible y, por ende, no sujeto al impuesto, un negocio jurídico en el que no se ponga de manifiesto una cierta capacidad económica. Consecuentemente, “se ha de gravar la riqueza allí donde se encuentra”.

Que el Ayuntamiento de Bilbao contemple que en el supuesto de transmisión de un inmueble adquirido a título lucrativo, siempre y en todo caso se produce una plusvalía, implica, al igual que en los supuestos analizados con anterioridad por el Tribunal Constitucional, que se está vulnerando el principio de capacidad económica. Como indica CHECA GONZÁLEZ “un recto entendimiento del principio de capacidad contributiva conlleva a que sólo puedan someterse a gravamen manifestaciones de riqueza reales y efectivas y no meramente potenciales o presumibles”⁴⁹. No se puede sostener, por lo tanto, la aplicación de las fórmulas objetivas de cuantificación de la base imponible del IIVTNU a las adquisiciones a título lucrativo, porque ello nos lleva a estimar unas ganancias inexistentes o ficticias, tal y como nos consta, viene realizando el Ayuntamiento de Bilbao.

En cuanto al principio de no confiscatoriedad, doctrinalmente señala PALAO TABOADA que el calificativo de confiscatorio se ha de entender como “equivalente contrario al principio de propiedad privada”⁵⁰.

En aplicación al caso concreto, podemos afirmar que el alcance confiscatorio del tributo es de “diferente magnitud”, cuando el inmueble ha sido

⁴⁹ CHECA GONZÁLEZ. “El Impuesto sobre Tierras infrutilizadas de la Comunidad Autónoma Andaluza”.

⁵⁰ PALAO TABOADA, Carlos. “La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario”. *Hacienda y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1979, pp. 319 y 320.

adquirido a título lucrativo o a título oneroso. En el primero de los casos, hay una adquisición del inmueble objeto de transmisión a título gratuito y el desembolso a realizar por el adquirente estuvo constituido por la correspondiente contribución al Impuesto de Sucesiones y Donaciones que concorra en cada caso (incluso pudiendo llegar a estar exento). Por lo tanto, no se ha desembolsado un precio de venta, que sí concurre cuando se adquiere a título oneroso. En definitiva, el desembolso de capital es menor o incluso inexistente cuando se ha adquirido a título lucrativo.

Sin embargo, ello no impide su calificación como impuesto de naturaleza confiscatoria. Está doctrinalmente confirmado, que la incorrecta cuantificación de la riqueza imponible debido a su deficiente determinación de la capacidad económica que manifiesta, puede producir como resultado, efectos confiscatorios. Y así lo entiende GARCÍA DORADO, y añade que es por lo tanto necesario que la base imponible esté establecida conforme a criterios adecuados:

“Es necesaria una acertada elección de los hechos imponibles como índices de capacidad contributiva, que la base imponible sea adecuada como elemento de cuantificación del hecho imponible y que el tipo aplicable que nos proporciona la cuantía del gravamen sea el idóneo”⁵¹.

Se puede concluir, después de tratar de manera diferenciada ambos principios, que no poniéndose de manifiesto capacidad económica alguna en la transmisión del inmueble, tener que hacer frente al pago de este impuesto, obligaría al contribuyente a tener que acudir a otras fuentes de renta, lo que pudiera dar lugar a tildarlo, igualmente, de confiscatorio. Consecuentemente, al igual que en los supuestos de adquisición y transmisión onerosa, no estará sujeto al IIVTNU la minusvalía generada por la diferencia entre

⁵¹ GARCÍA DORADO. *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación*. Madrid: Ed. Dykinson, 2002, p. 158.

el valor de adquisición de un inmueble adquirido a título lucrativo y su valor de transmisión. Por todo lo anterior, es de vital importancia, a falta de una regulación al respecto, esclarecer la determinación o cuantificación del valor de adquisición cuando ésta tuvo lugar a título gratuito.

4.2 Imprudencia de considerar el valor de adquisición cero

Para configurar la existencia o no de una plusvalía, debemos atender a dos valoraciones: el valor de adquisición y el valor de transmisión, ya que la ganancia o pérdida estará constituida por la diferencia entre ambos. Es objeto de análisis la determinación del primero y la improcedencia de considerar el mismo de cuantía igual a cero, situándonos temporalmente en el momento en el que se adquirió el inmueble que posteriormente se transmite.

Las transmisiones lucrativas pueden quedar sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, así como al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, y en última instancia, al Impuesto sobre Sociedades. En el caso de tratarse de bienes inmuebles, al IIVTNU y también al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

Como regla general, en el supuesto planteado, el adquirente del inmueble deberá satisfacer tanto el Impuesto de Sucesiones y Donaciones como el IIVTNU. Señala el artículo 1 de la Norma Foral del Impuesto de Sucesiones y Donaciones⁵², que el Impuesto es de naturaleza directa y subjetiva, y grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas. Además, constituye el hecho imponible, en virtud del artículo 4, la “adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, la adquisición de bienes y de-

⁵² Norma Foral 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. *Boletín Oficial de Bizkaia*, 1 de abril.

El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Incidencia en el País Vasco

rechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, inter vivos y la percepción de cantidades por los beneficiarios de contratos de seguros sobre la vida, cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario, salvo los supuestos expresamente regulados en el apartado a) del artículo 18 de la Norma Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”. Por otro lado, el transmitente a título lucrativo del inmueble soporta el IRPF sobre la ganancia patrimonial que genera, en el caso de transmisiones *inter vivos*.

Por lo tanto, volviendo al caso concreto, cuando el ahora transmitente del inmueble lo adquirió a título lucrativo, tuvo que satisfacer como regla general, el pago del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, así como el correspondiente del IIVTNU. Sin embargo, siguiendo la lógica seguida por ciertas corporaciones municipales, entre ellas el Ayuntamiento de Bilbao, para poder considerar que ese valor de adquisición fue cero, la transmisión de un inmueble a título lucrativo no debería producir desembolso alguno por el ahora transmitente cuando éste adquirió el inmueble, produciéndose siempre y en todo caso una ganancia patrimonial sujeta al IIVTNU. Por el contrario, como hemos señalado, no se puede negar que no exista un valor de adquisición, puesto que el que adquirió a título lucrativo tuvo que satisfacer los señalados impuestos en función de una base imponible derivada de la existencia de aquél.

Por todo lo anterior, y como acertadamente señala MERINO JARA, los problemas que quedan por resolver tienen mucha enjundia. ¿Cómo se ha de determinar el incremento de valor?; ¿Por la diferencia de valores de adquisición y enajenación de los terrenos que consten en la escritura?; ¿Por la diferencia entre los valores catastrales de los mismos en un momento y otro?; ¿Por la diferencia de valores comprobados a efectos, por ejemplo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales?; ¿Por la diferencia entre sus valores

contables en una fecha y otra?⁵³ y en lo que aquí nos ocupa, ¿qué valor de adquisición se ha de considerar?

4.3 Determinación del valor de adquisición

En aras a responder las citadas cuestiones, concretamente a la determinación del valor de adquisición a efectos de las transmisiones de terrenos, y en relación con el supuesto planteado (transmisiones de inmuebles sujetos al IIVTNU y que provienen de una adquisición a título lucrativo), señala el artículo 20.2 de la Norma Foral 8/1989, de 30 de junio, que dicho valor será, el que tengan determinado en dicho momento a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI). Por su parte, la Norma Foral del IBI⁵⁴, establece en su artículo 6, que “la base imponible de este impuesto estará constituida por el valor catastral de los bienes inmuebles que se regula en la Norma Foral del Catastro Inmobiliario del Territorio Histórico de Bizkaia”. El problema radica en que la consideración de dicho valor da lugar siempre a una plusvalía, y por ende al hecho imponible del IIVTNU.

Es por ello necesario, encontrar otras formas de determinación del valor de adquisición al supuesto planteado. Además, afirma ALONSO ARCE, que el criterio de valoración catastral ha ido perdiendo importancia como referente en la determinación de la base imponible de los diferentes impuestos que conforman nuestro sistema tributario. En este sentido, hace referencia el autor, al valor mínimo atribuible, como posible valoración a considerar en la medida en que éste, se acerca más al valor de mercado⁵⁵.

⁵³ MERINO JARA, Isaac. “Inconstitucionalidad parcial del Impuesto sobre el Incremento ...”. *Op. Cit.*

⁵⁴ Norma Foral 4/2016, de 18 de mayo, del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. *Boletín Oficial de Bizkaia*, 24 de mayo.

⁵⁵ ALONSO ARCE, Iñaki. “El valor catastral y su actualización en el Territorio Histórico de Bizkaia”. *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*. 2016, nº 220. Dice

Continuando con estas conexiones impositivas sobre la valoración, previstas de forma expresa en la normativa de los diferentes tributos, en el ámbito del IRPF, el artículo 46 de la Norma Foral IRPF respecto a las transmisiones a título lucrativo, remite al ISD, al establecer que: “cuando la adquisición o la transmisión hubiere sido a título lucrativo se aplicarán las reglas del artículo anterior, tomando por importe real de los valores respectivos aquellos que resulten de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”.

Las normativas reguladoras de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sobre Sucesiones y Donaciones, toman en consideración a efectos de determinación de la base imponible en las transmisiones onerosas de bienes y derechos el valor real de los mismos, y en las transmisiones mortis causa de bienes y derechos y en las donaciones y demás transmisiones lucrativas inter vivos equiparables, el valor real de los bienes y derechos minorado por las cargas y deudas que fueren deducibles. Sin embargo, el artículo 20 de la Norma Foral del ISD establece normas especiales para determinados supuestos:

“No obstante lo establecido en el apartado anterior y sin perjuicio de la comprobación administrativa a la que se refieren los artículos 37 y siguientes de esta Norma Foral, los bienes y derechos que se relacionan a continuación podrán valorarse por los valores que se indican: a) Los bienes inmuebles de naturaleza rústica o urbana mediante la aplicación de las normas técnicas para la determinación del valor mínimo atribuible”.

el citado: «La necesidad de contar con un valor fiscal que se acercara mucho más al valor de mercado que el valor catastral dio lugar al nacimiento en el año 2000 del valor mínimo atribuible a los bienes inmuebles, primero para los de naturaleza urbana y posteriormente para los de naturaleza rústica».

Es destacable, en favor del valor mínimo atribuible que, a diferencia del valor catastral, ostenta una vigencia anual basada en estudios de mercado realizados todos los años en relación con muestras de tasaciones para préstamos hipotecarios del ejercicio anterior. Es por ello, señala ALONSO ARCE, por lo que ha ido cobrando un protagonismo importante en la determinación de la base imponible o en las normas que regulan la comprobación de valor de los tributos⁵⁶.

Por todo lo anterior, parece razonable, que el valor de adquisición a tener en cuenta en aquellos inmuebles adquiridos a título lucrativo sea el determinado por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, esto es, su valor real o valor mínimo atribuible (sin perjuicio del que pudiera resultar de la comprobación realizada por la Administración) y no cero, como viene sosteniendo el Ayuntamiento de Bilbao.

4.4 Principio de estanqueidad *versus* unidad relativa de valoraciones

Esta remisión al Impuesto de Sucesiones y Donaciones responde al principio de unidad relativa de valoraciones. Si hay una materia en el ámbito tributario que cuenta con polémica, es la referida a la unidad o estanqueidad tributaria. Estos dos principios han tenido su máxima relevancia en los aspectos relativos a la determinación del valor de un bien o una renta.

En relación con el principio de unidad de valoraciones, establece GARCÍA MARTÍNEZ, que el valor establecido por la Administración en relación con un impuesto quedará contagiado a otros impuestos siempre que el valor tributario del bien sobre el que se basa el tributo guarde similitudes con dichos impuestos. En caso contrario, se refiere el autor al principio de estanqueidad, haciendo referencia a que el valor considerado para li-

⁵⁶ ALONSO ARCE, I. “El valor catastral y su actualización ...”. *Op. Cit.*

quidar un tributo se aplicará, en virtud de este principio, exclusivamente en ese impuesto, con independencia de otros que concurren en relación con el negocio jurídico realizado⁵⁷.

Así, la doctrina configura el principio de unidad de valoraciones, como un “resultado coordinado en materia de valoraciones”. Autores como el mencionado con anterioridad, consideran, que se trata de “una exigencia derivada del principio de igualdad en la imposición”. La unidad relativa de valoraciones tiene su fundamento, no solo en el principio de la unidad de la personalidad jurídica de la Administración o en la doctrina de los actos propios, sino también, como señala RUIZ GARCÍA, en el principio de seguridad jurídica, en el de igualdad en la imposición y en la eficacia y coordinación de la actuación administrativa⁵⁸. La trascendencia de establecer un criterio de valoración para determinar el valor de adquisición se encuentra, en poder garantizar la seguridad jurídica del sujeto pasivo, así como en potenciar la coordinación y la eficacia de la actuación administrativa.

Lo normal, e incluso lo deseable, es que en los supuestos en los que distintos impuestos consideran iguales criterios a efectos de valoración de un bien o derecho, sea la propia normativa de estos, la que de forma expresa y a través de la técnica de la remisión, haga posible esta unidad de valoraciones a la que hemos hecho referencia. Ello ocurre, por ejemplo, en la Norma Foral del IRPF, al remitir al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, o en la Norma Foral del IIVTNU, al remitirse a la Norma Foral del IBI. Sin embargo, en el caso del IIVTNU, nos remite a un valor que no puede ser tenido en cuenta a estos efectos, y consecuentemente,

⁵⁷ GARCÍA MARTÍNEZ, Andrés. “Unicidad versus estanqueidad cuando concurren varias Administraciones en materia de comprobación de valores”. *Impuestos*. 2000, Ref. D -83, tomo 2, Ed. *La Ley*, nº 1169/2002.

⁵⁸ RUIZ GARCÍA, José R. *La liquidación en el ordenamiento tributario*. Madrid: Ed. Civitas, 1987, pp. 159 y 160.

debemos realizar la valoración que, a nuestro juicio, resulte pertinente y case con los principios fundamentales del derecho Tributario.

Al hilo de lo anterior, establece GARCÍA MARTÍNEZ, que es factible la adopción del principio de unidad de valoraciones, cuando resulte, de forma clara y evidente, la adopción de similares criterios de valoración en las distintas figuras tributarias:

“Aun en el caso de que no se produzca esa remisión expresa a la normativa de otro tributo, pero resulte de forma clara y evidente la adopción de similares criterios de valoración en distintas figuras tributarias, es factible la adopción de ese principio de unidad de valoraciones, y ello, por exigencias derivadas de principios constitucionalmente reconocidos como el de igualdad en la imposición, el de seguridad jurídica o el de coordinación y eficacia en la actuación de la Administración Pública”⁵⁹.

Otros autores, como GÓRRIZ GÓMEZ, también se posicionan a favor de este principio, al considerar que es razonable y coherente, que la valoración de un bien realizada por una Administración tributaria vincule a las posteriores valoraciones que realicen otras administraciones competentes en relación con dicho bien⁶⁰.

Correlativamente, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre el principio de unidad y estanqueidad de las valoraciones. A favor del primero, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2013 acoge la tesis de la unidad fiscal:

⁵⁹ GARCÍA MARTÍNEZ, Andrés. “Unicidad versus estanqueidad cuando...”. *Op. Cit.*

⁶⁰ GÓRRIZ GÓMEZ, Benjamín. “La valoración realizada por la administración tributaria autonómica vincula a la estatal. A propósito de la STS de 21 de diciembre de 2015”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. n° 8/2016. Dice el citado: «Parece razonable y coherente que la valoración previa de un bien realizada por una Administración tributaria, vincule a todos los efectos respecto a estos dos tributos a las demás Administraciones competentes, más si se trata de impuestos estatales, si bien el segundo cedido a las Comunidades Autónomas».

“La Sala entiende que la circunstancia de que ambas valoraciones vayan referidas a distintos tributos y hayan sido efectuadas por Administraciones territoriales distintas no permite, por sí sola, rechazar la comprobación previamente efectuada, dada la proximidad de las dos valoraciones, la identidad del objeto de comprobación en las mismas, la absoluta falta de crítica – por los actos recurridos– del acto previo del órgano competente y la total ausencia de motivación de la decisión de apartarse de sus conclusiones”⁶¹.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2015, hace prevalecer el principio de unidad sobre el de estanqueidad de los tributos, al declarar que “la valoración previa de un bien realizada por la Administración tributaria autonómica, a efectos del ITP y AJD, vincula a la Administración Tributaria del Estado a la hora de determinar la ganancia patrimonial a efectos del IRPF”⁶².

Por otro lado, hay que señalar que el principio de estanqueidad surgió de una interpretación literal del artículo 9.1. b) de la Ley General Tributaria⁶³ que dispone, que “los tributos, cualesquiera que sean su naturaleza y carácter, se regirán (...) por las Leyes propias de cada tributo”, precepto del que dedujeron sus defensores y, al principio, el propio Tribunal Supremo, que cada tributo tenía su propio hecho imponible, la propia valoración de éste y su propio procedimiento de determinación de la base imponible, negando la interconexión de los tributos dentro del sistema tributario.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 9 de diciembre de 2013. Ref. Aranzadi, nº 2013/8171.

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo, 5460/2015, de 21 de diciembre de 2015, Ref. Consejo General del Poder Judicial, nº STS 5460/2015.

⁶³ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. *Boletín Oficial del Estado*, de 18 de diciembre de 2003, nº 302, pp. 44987 a 45065.

Sin embargo, como acertadamente enuncia GÓRRIZ GÓMEZ, el principio de estanqueidad, llevado a su posición extrema, adolecía de graves defectos doctrinales, funcionales e incluso jurídicos, porque negaba la propia existencia de un sistema tributario integrado por impuestos interrelacionados, desconocía la personalidad jurídica única de la Administración, ignoraba los efectos de los actos propios dictados por los distintos órganos de la Administración y podía generar un grave desorden de las distintas valoraciones hechas al mismo bien o derecho, en los diferentes impuestos, con grave detrimento de los principios constitucionales de capacidad económica, seguridad jurídica e igualdad⁶⁴. Hubo un intento normativo de superar el principio de estanqueidad con en el Decreto 208/1974, de 25 de enero⁶⁵, que desarrolló el Decreto Ley 12/1973, de 30 de noviembre⁶⁶, al modificar la tributación de las plusvalías en el IRPF respecto de la valoración de los activos enajenados:

“De modo especial, la Administración Tributaria podrá aplicar los valores que hayan prevalecido a los efectos de la liquidación de los Impuesto de Sucesiones o Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, o en su caso, del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes o de cualquier otro tributo”.

No obstante, la crisis del principio de estanqueidad no lleva indefectiblemente y de modo absoluto y general al principio de unidad de las valoraciones en todos los tributos. En efecto, ambos principios, de estanqueidad y unidad de valoraciones, como señala el Tribunal Supremo:

⁶⁴ GÓRRIZ GÓMEZ, B. “La valoración realizada por la administración tributaria...”. *Op. Cit.*

⁶⁵ Corrección de erratas del Decreto 208/1974, de 25 de enero, por el que se modifica la tributación de las plusvalías en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas. *Boletín Oficial del Estado* de 15 de febrero de 1974, n.º 40, pág. 3057.

⁶⁶ Decreto Ley 12/1973, de 30 de noviembre, sobre medidas coyunturales de política económica. *Boletín Oficial del Estado* de 1 de diciembre de 1973, n.º 288, pp. 23255 a 23260.

El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Incidencia en el País Vasco

“no han de regir de modo absoluto y su prevalencia ha de determinarse en cada caso concreto a la vista de las circunstancias concurrentes, de las similitudes y diferencias de los tributos en liza”⁶⁷.

En definitiva, y en lo que al caso concreto planteado se refiere, es sostenible que, para valorar los inmuebles adquiridos a título lucrativo, se remita a lo establecido al respecto en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, por la conexión con los diferentes tributos que, del mismo modo, remiten a lo establecido en dicha regulación, así, por ejemplo, el IRPF.

Además, todo lo anterior, coincide con lo establecido en la Propuesta de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, en el ámbito del territorio común.

En conclusión, y como ya se ha señalado, a efectos de esta Propuesta y del análisis del principio de unidad de valoraciones, parece razonable que el valor de adquisición a tener en cuenta en los terrenos adquiridos a título lucrativo y que posteriormente se transmiten, sea el determinado por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, esto es, su valor real o valor mínimo atribuible (sin perjuicio del que pudiera resultar de la comprobación realizada por la Administración).

V. CONCLUSIONES

PRIMERA. – EL IIVTNU viene siendo un impuesto de gran peso dentro del sistema tributario local, tanto por sus altos índices de recaudación como por la facilidad para conseguir dichos ingresos. En este sentido, el “boom inmobiliario” favoreció que el cálculo de la base imponible del IIVTNU no se cuestionara. Ello, porque al producirse un incremento generalizado y constante del valor de los terrenos, siempre se transmitían,

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 9 de diciembre de 2013. Ref. Aranzadi, nº 2013/8171.

inter vivos o *mortis causa*, por un valor superior al de adquisición. Sin embargo, en el año 2008 el efecto quedó invertido. La depreciación del valor de los inmuebles hizo que se transmitieran por un valor inferior al de su adquisición. Como ha quedado expuesto, la base imponible del IIVTNU no se calcula teniendo en cuenta el valor real o de mercado de lo transmitido, sino que establece un sistema de cálculo objetivo, en base al valor catastral. Ello significa que, el contribuyente no solo ve incrementadas sus pérdidas por dichas transmisiones, sino que además, se ve obligado a soportar un impuesto por unas plusvalías inexistentes o ficticias.

SEGUNDA. – En este contexto, comienza a cuestionarse la constitucionalidad del IIVTNU, por vulnerar el principio de capacidad económica, e incluso en ocasiones, por llegar a tener carácter confiscatorio, en contra de lo establecido en el artículo 31.1 de la CE. La problemática planteada, culmina con la sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de febrero de 2017, en virtud de la cual, se declara por primera vez y con relación a la Norma Foral 16/1989, de 5 de julio del IIVTNU, de Gipuzkoa, nulos e inconstitucionales los artículos referidos al sistema de cálculo de su base imponible “en la medida en que somete a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica”. Idéntico camino seguirán la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio del IIVTNU en Álava según sentencia 37/2017, de 1 de marzo 2017 y el TRLRHL, en virtud de sentencia 59/2017, de 11 de mayo de 2017.

TERCERA. – Como consecuencia de los citados pronunciamientos y la inseguridad jurídica generada por los mismos, el legislador se ha visto obligado a reformar la normativa existente, introduciendo expresamente en cada una de las normas reguladoras de este impuesto un nuevo supuesto de no sujeción al IIVTNU para los casos en los que, efectivamente, el sujeto pasivo acredite que no ha obtenido un incremento de valor por diferencia entre los valores reales de transmisión y adquisición. Sin

embargo, el vigente sistema de cálculo de la base imponible se mantiene intacto, es decir, no atiende a las circunstancias reales que afectan al valor de lo transmitido. Por ello, consideramos, que estas reformas no han extraído todas las consecuencias de los principios marcados por el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas, lo que deberá acometerse más adelante en una reforma en profundidad.

CUARTA. — En la actualidad, esa deficiencia en las reformas acometidas por el legislador hace que algunos Ayuntamientos del Territorio Histórico, y así nos consta el de Bilbao, considere que, se genera siempre y en todo caso una plusvalía cuando la transmisión objeto de tributación se realiza sobre un inmueble o terreno, que fue adquirido a título lucrativo por el ahora transmitente, y con independencia de que se transmita por valor inferior al que se adquirió. Ello, porque dicha Entidad Local parte de la premisa de que al transmitir dicho inmueble, el valor de adquisición a tener en cuenta es cero, pues el transmitente adquirió a título lucrativo y ahora lo transmite a título oneroso. Esta lógica, incorrecta a tenor de lo expuesto, implica una vulneración de los principios fundamentales de capacidad económica e incluso, en ocasiones, de no confiscatoriedad, al igual que en los supuestos de adquisición y transmisión onerosa.

QUINTA. — Se pone de manifiesto la necesidad de esclarecer la determinación o cuantificación del valor de adquisición cuando ésta tuvo lugar a título gratuito. En este sentido, el Decreto Foral Normativo 3/2017, de 20 de junio de Bizkaia, debería haber contemplado este supuesto y no lo ha hecho, a diferencia de lo que ocurre en la Proposición de Ley en territorio común, que remite al importe real de los valores que consten en la declaración del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Además, en base al principio de unidad de valoraciones, parece razonable que el valor de adquisición a tener en cuenta en aquellos inmuebles adquiridos a título lucrativo sea el determinado por el Impuesto sobre Sucesiones y

Donaciones, esto es, su valor real o valor mínimo atribuible (sin perjuicio del que pudiera resultar de la comprobación realizada por la Administración) y no cero, como viene sosteniendo el Ayuntamiento de Bilbao. Todo ello, como se ha expuesto en el trabajo, debería ser abordado por el legislador, en quien recae el deber de garantizar seguridad jurídica en el contribuyente, mediante una reforma más profunda con el objeto de dar respuesta a todos los aspectos problemáticos de esta figura impositiva.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ARCE, Iñaki. “¿Llega el fin de la plusvalía municipal con pérdida?”. *Forum Fiscal: la revista de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*. 2016, nº 219.

ALONSO ARCE, Iñaki. “El valor catastral y su actualización en el Territorio Histórico de Bizkaia”. *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*. 2016, nº 220.

ALONSO DE LEONARDO CONDE, Adolfo y MELÓN MUÑOZ, Alfonso. “Memento práctico: Haciendas e Impuestos Locales”. En *Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU)*. Madrid: Ed. Francis Lefebvre, 2017.

Biblia de los tributos de Gipuzkoa. “Capítulo I. Principios Generales, objeto y ámbito de aplicación”. Marzo 2018, Wolters Kluwer.

CAYÓN GALIARDO, Antonio. “Las reactivadas dudas sobre la constitucionalidad del IIVTNU”. *Revista Técnica Tributaria*, nº 110, 2015, p. 15.

CHECA GONZÁLEZ. “El Impuesto sobre Tierras infrutilizadas de la Comunidad Autónoma Andaluza”. *Impuestos*. nº 6, 1987, pp. 119 a 121.

COLAO MARÍN, Pedro Ángel. “IIVTNU, principios constitucionales y sistema jurídico tributario”. *Quincena fiscal*. nº 20, 2016, p. 58.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Ordenamiento Tributario Español*, vol. I, Madrid: Ed. Civitas, 1985, p. 71.

El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Incidencia en el País Vasco

FALCÓN Y TELLA, Ramón. “El IIVTNU y la pérdida de valor de los inmuebles: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo, nº. 13 de Barcelona de 22 de enero de 2013”. *Quincena fiscal*, nº 21, 2013, p. 9.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Curso de Derecho Financiero Español*, vol. I. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004, p. 58.

GARCÍA MARTÍNEZ, Andrés. “Unicidad versus estanqueidad cuando concurren varias Administraciones en materia de comprobación de valores”. *Impuestos*. 2000, Ref. D -83, tomo 2, Ed. *La Ley*, nº 1169/2002.

GARRIGUES. “Newsletter Fiscal Foral País Vasco”. Abril 2017, p. 5. Web de Garrigues. https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/newsletter-tributario-abril-2017.

GÓRRIZ GÓMEZ, Benjamín. “La valoración realizada por la Administración tributaria autonómica vincula a la estatal. A propósito de la STS de 21 de diciembre de 2015”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2016.

MERINO JARA, Isaac. “Inconstitucionalidad parcial del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”. *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*. 2017, nº 230.

MORENO SERRANO, Beatriz. “IIVTNU. Aspectos más relevantes de su ordenamiento jurídico”. *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. Madrid, 2012, p. 176.

ÓRGANO DE COORDINACIÓN TRIBUTARIA DE EUSKADI. *Informe anual integrado de la Hacienda Vasca 2014*. País Vasco: Departamento de Hacienda y Economía, 2016.

ORÓN MORATAL, Germán. “El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”. En MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego (Coord.). *Los tributos locales*. Segunda Edición. Madrid: Ed: Civitas, 2010, pp. 687 a 770.

PALAO TABOADA, Carlos. “La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario”. *Hacienda y Constitución, Instituto de Estudios Fiscales*. Madrid, 1979, pp. 319 y 320.

SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, Guillermo. “La base imponible del IIVTNU a debate. Medición y fórmula de cálculo tras los pronunciamientos recientes”. *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*. 2017, nº 231.

El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Incidencia en el País Vasco

RUIZ GARCÍA, José R. *La liquidación en el ordenamiento tributario*. Madrid, Ed. Civitas, 1987, pp. 159 y 160.

SOTO MOYA, María. “La inaplazable reforma el IIVTNU tras su declarada inconstitucionalidad”. *Revista Quincena fiscal*. 2017, nº 11, pp. 61 a 76.

VII. LEGISLACIÓN

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, nº 311, pp. 29313 a 29424.

Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de diciembre de 1988, nº 313, pp. 36636 a 36665.

Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de mayo de 2002, nº 124, pp. 18617 a 18636.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. *Boletín Oficial del Estado*, de 18 de diciembre de 2003, nº 302, pp. 44987 a 45065.

Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Boletín Oficial de Álava*, 28 de agosto de 1989, nº 99.

Norma Foral 16/1989, de 5 de julio del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Boletín Oficial de Gipuzkoa*, 10 de julio de 1989.

Norma Foral 8/1989, de 30 de junio del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Boletín Oficial de Bizkaia*, 19 de junio de 1989.

Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra. *Boletín Oficial de Navarra*, 20 de marzo de 1995, nº 36.

Norma Foral 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. *Boletín Oficial de Bizkaia*, 1 de abril.

El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Incidencia en el País Vasco

Norma Foral 4/2016, de 18 de mayo, del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. *Boletín Oficial de Bizkaia*, 24 de mayo.

Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. *Boletín Oficial del Estado*, de 9 de marzo de 2004, n° 59, pp. 10284 a 10342.

Real Decreto Ley 15/1978, de 7 de junio, sobre aplicación inmediata del Real Decretos 3250/1976, de 30 de diciembre, relativo a ingresos de las Corporaciones Locales y sobre dotación de los presupuestos especiales de urbanismo correspondientes a 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 9 de junio de 1978, n° 137, pp. 13463 a 13464.

Decreto Ley 12/1973, de 30 de noviembre, sobre medidas coyunturales de política económica. *Boletín Oficial del Estado* de 1 de diciembre de 1973, n° 288, pp. 23255 a 23260. Decreto Normativo de Urgencia Fiscal 3/2017, del Consejo de Gobierno Foral de 28 de marzo, relacionado con el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Boletín Oficial de Álava*, 5 de abril de 2017, n° 40.

Decreto Foral-Norma 2/2017, de 28 de marzo, por el que se modifica el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. *Boletín Oficial de Gipuzkoa*, 31 de marzo de 2017, n° 64.

Decreto Foral Normativo 3/2017, de 20 de junio, por el que se modifica la Norma Foral 8/1989, de 30 de junio, sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Boletín Oficial de Bizkaia*, 22 de junio de 2017, n° 119.

Corrección de erratas del Decreto 208/1974, de 25 de enero, por el que se modifica la tributación de las plusvalías en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas. *Boletín Oficial del Estado*, de 15 de febrero de 1974, n° 40, pp. 3057 a 3057.

Proposición de Ley por la que se modifica el texto refundido de la TRLRHL, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 9 de marzo de 2018, n° 225-1.

VIII. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Sentencia del Tribunal Supremo nº 2573/1996, de 29 de abril de 1996. Ref. Consejo General del Poder Judicial, nº STS 2573/1996.

Sentencia del Tribunal Supremo, 7576/2000, del 21 de octubre. Ref. Consejo General del Poder Judicial, nº STS 7579/2000.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 9 de diciembre de 2013. Ref. Aranzadi, nº 2013/8171.

Sentencia del Tribunal Supremo, 5460/2015, de 21 de diciembre de 2015. Ref. Consejo General del Poder Judicial, nº STS 5460/2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 150/1990, de 4 de octubre. Ref. *Boletín Oficial del Estado*, nº 266.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 221/1992, de 11 de diciembre. Ref. *Boletín Oficial del Estado*, ECLI:ES:TC:1992:221.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 193/2004, de 4 de noviembre. Ref. Aranzadi, nº 2004/193.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 37/2017 de 1 de marzo de 2017. Ref. *La Ley*, nº 5797/2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 59/2017 de 11 de mayo de 2017. Ref. *La Ley*, nº 37759/2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 26/2017 de 16 de febrero de 2017. Ref. *La Ley*, nº 2615/2017.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Las Palmas, 1184/1999, de 3 de septiembre. Ref. Aranzadi, nº 1999/1718.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, 446/2016 de 24 de octubre. Ref. Aranzadi, nº 2016/1490.

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 107/2014 de 13 de junio. Ref. Aranzadi, nº 2014/1675.

El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Incidencia en el País Vasco

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo 291/2014, de 11 diciembre. Ref. Aranzadi, nº 2015/191599.

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Santander, 123/2017, de 14 de junio. Ref. Aranzadi, nº 2017/230412.

Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos, V0153-14, de 23 de enero de 2014. Ref. Dirección General de Tributos.

Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos, V0291-14, de 6 de febrero de 2014. Ref. Aranzadi, nº 2014/116554.

La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco ¿fiducia o poder testatorio?

JESÚS J. FDEZ. DE BILBAO Y PAZ

Abogado y Doctorando

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 6/06/2021

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 10/11/2021

Resumen: La tipificación de la naturaleza jurídica de la sucesión por comisario es una querencia muy acusada en la Doctrina que la lleva por mecanicismo interpretativo a perder la noción de su sentido.

Palabras clave: Poder testatorio, representación del causante. Fiducia sucesoria, actuación del fiduciario en propio nombre sobre un patrimonio ajeno.

Euskal zuzenbide zibilaren legean komisario bidezko oinordetza. Fiduzia edo testamentuko ahalordea?

Laburpena: Komisario bidezko oinordetzaren tipifikazioa doktrinaren aspaldiko nahia da. Izan ere, interpretazioaren indarrez erakunde honek bere jatorrizko esanahia galdu izan du askotan.

Gako-hitzak: Komisario bidezko oinordetza, hildakoaren ordezkari, oinordetzaren fiduzia, fiduziarioaren jardura bere izenean eta inoren ondarearen gainean.

The power of appointment in the Basque Civil Law. Trust or power of appointment?

Abstract: The legal classification of the power of appointment is a must it among the Doctrine which leads, due to interpretation mechanics to loose its point.

Key words: Power of appointment, appointment of heirs on behalf of the testator. Trust, the trustee acts in its own name over a third's party patrimony.

SUMARIO: I. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE ORDENAR LA SUCESIÓN EN DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL COMPARADO. II. DIFERENTES TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE ORDENAR LA SUCESIÓN EN DERECHO ESPAÑOL COMPARADO. III. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISARIO EN LA LDCV. IV. VENTAJAS PRÁCTICAS DE LA TIPIFICACIÓN DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO COMO PODER TESTATORIO. V. LA ESENCIA DEL CARGO DE COMISARIO-VIUDO ES LA MISMA QUE LA DEL COMISARIO ORDINARIO.

I. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE ORDENAR LA SUCESIÓN EN DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL COMPARADO

1. Concepto amplio

CÁMARA LAPUENTE¹ pone de manifiesto que hay varias figuras que se podrían incluir dentro de la “confianza sucesoria” o “fiducia sucesoria”, entendidas como “aquellas instituciones en las que los testadores encomiendan a personas de su confianza encargos sobre la aplicación de los bienes relictos a un destino, para cuya ejecución les invisten de facultades más o menos amplias, con un mayor o menor grado de arbitrio sobre la forma de acomodar esa destinación”, obviamente, por causa de muerte.

Por lo tanto el concepto amplio sería el que bautizó “como fiducia testamentaria” la STS de 30-10-1944, de la que fue ponente José Castán Tobeñas y que luego comentaremos. Concepto amplio que critica NÚÑEZ IGLESIAS² por cuanto que la expresión “disposición fiduciaria” debe reservarse para las instrucciones reservadas, las herencias de confianza, los fideicomisos secretos y, en general, para los encargos confidenciales.

Por ello nos parece más adecuada la expresión “confianza sucesoria”. Efectivamente, recuerda ESCOLÁN³, que la fiducia romana tenía dos modalidades: “1.- Fiducia «cum amico» que en esencia se trataba de una fórmula para salvar el patrimonio en caso de confiscación a la que tan afi-

¹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*. Universidad de Navarra y Dykinson, Madrid, 1996. ISBN: 84-8155-161-1, pp. 13 y ss. y 597.

² NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1991. ISBN: 84-404-9869-1. pp. 334.

³ ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*. Aranzadi-Thompson-Reuters, 2013. ISBN: 978-84-9059-052-2, pp. 42.

cionados eran los romanos, sobre todo si se trataba de enemigos políticos. Era una figura casi consensuada de manera que se cedía a una persona de entera confianza el dominio sobre los bienes a través de una transmisión para efectos de uso, pero con un pacto de devolución en el momento en el que se acordase. 2.- Fiducia «cum creditore» que era, básicamente, una garantía que se daba a un acreedor. Era más o menos como una prenda en depósito, ello hasta que se liquidaba la cuenta y la prenda se restituía. En el caso de no pagar la deuda, la prenda podía ser vendida para cubrir el monto de dicha deuda”.

No obstante, dentro de esos encargos de confianza habrá tanto variantes que alcancen dicha fiducia con transmisión a un intermediario, como puras delegaciones de la facultad de testar. Por tanto, dentro de dicho concepto amplio, ha habido muchos intentos de clasificar dicho grupo de instituciones:

1.1. *La clasificación de LAVANDERA*⁴. La más antigua que se ha hecho en España, distingue entre: 1.1.1.- Heredero administrador, en el que el fiduciario es un *nudus minister* de la voluntad del testador (“instituyo heredero a Tizio, y mientras no llegue a los treinta años, administrará la, herencia Sempronio”). 1.1.2.- Heredero de confianza (“el testador lo instituye con el encargo reservado de ser depositario y gerente de la herencia o legado hasta el día en que deba restituirlo al verdadero heredero o legatario (*fiducie proprie*)”). 1.1.3.- Heredero al arbitrio de otro o sujeto o cumplimiento de la condición potestativa de un tercero (si Ticio escribe un libro). 1.1.4.- Heredero distributivo, en que “considerando a veces insuficiente el albaceazgo, se cree preferible instituir un heredero con las instrucciones necesarias para entregar o, invertir

⁴ LAVANDERA y BLANCO, Víctor. “Instituciones Fiduciarias”. En *Revista de Derecho Privado* (España). Año X, número 116, abril de 1932, pp. 171.

todos los bienes o parte de ellos”. 1.1.5.- Heredero modal, en que se tiene la obligación de emplear todos los bienes o parte de ellos en el fin señalado por el testador, ejecutar la carga impuesta a la liberalidad con facultades discrecionales. 1.1.6.- Los albaceas con facultades de ejecución amplia de la voluntad el causante (un mandatario impuesto al heredero por el testador para garantizar la ejecución con las facultades conferidas). 1.1.7.- Los herederos o albaceas con facultad de elección: cuando el causante otorga al heredero o albacea como medio de ejecución libre para designar, dentro de categorías determinadas, o en condiciones señaladas, al favorecido con la disposición, por no poder indicarlo inmediatamente, por no existir cuando testa o muere, o por tratarse de personas indeterminadas; no concediendo a ninguna derecho para reclamar, pero el elegido recibe la liberalidad del causante.

1.2. *La STS de 30-10-1944*⁵ (CASTÁN) *distinguió*: 1.2.1.- Investidura de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento por

⁵“CONSIDERANDO.- Que a impulso de necesidades prácticas sentidas en todos los tiempos, las costumbres jurídicas y las legislaciones han dado acogida, con mayores o menores restricciones o aun prohibiciones según los casos, a variadísimas manifestaciones de la fiducia testamentaria (entendida ésta en su más amplio sentido), por la cual los testadores hacen o encomiendan determinados ruegos o encargos a un heredero o persona de su confianza, bien invistiéndole de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento por comisario), bien concediéndole nada más la facultad de designar el heredero o distribuir la herencia entre las personas u obras señaladas por el propio testador (herederos distributarios, heredamientos fiduciarios con elección encomendada a los parientes más próximos, cláusula de confianza concedida al cónyuge viudo, etc.), ya imponiendo al heredero el cumplimiento de determinadas disposiciones (legados, cláusulas «sub modo», fideicomisos, donaciones «mortis causa» con transmisión fiduciaria, etc.) o remitiéndose a las que establezca y dicte el propio otorgante, fuera del testamento, en escritos complementarios (memorias testamentarias), ya, finalmente, confiando a esa persona de su confianza la ejecución de su última voluntad (albaceazgo), ora con la obligación normal de rendir cuentas de su gestión, ora relevándole de esta obligación (albaceazgo de confianza)”.

comisario). 1.2.2.- Concesión nada más de la facultad de designar el heredero o distribuir la herencia entre las personas u obras señaladas por el propio testador (herederos distributarios, heredamientos fiduciarios con elección encomendada a los parientes más próximos, cláusula de confianza concedida al cónyuge viudo, etc.). 1.2.3.- Sucesor modal ya imponiendo al heredero el cumplimiento de determinadas disposiciones (legados, cláusulas «sub modo», fideicomisos, donaciones «mortis causa» con transmisión fiduciaria, etc.) o remitiéndose a las que establezca y dicte el propio otorgante, fuera del testamento, en escritos complementarios (memorias testamentarias), ya, finalmente; 1.2.4.- confiando a esa persona de su confianza la ejecución de su última voluntad (albaceazgo), ora con la obligación normal de rendir cuentas de su gestión, ora relevándole de esta obligación (albaceazgo de confianza).

1.3. CÁMARA LAPUENTE⁶ hace dos clasificaciones. La primera tipificación la efectúa conforme al contenido del encargo al delegado, la segunda según el carácter secreto o reservado de sus instrucciones a seguir. 1.3.1.- Conforme al contenido diferencia entre: a) la confianza “latu sensu”, que incluiría a las sustituciones fideicomisarias y fideicomiso de residuo, instituciones “sub modo”, albaceas, contadores-partidores y el mandato *post mortem*. Y por otro lado b) la fiducia “strictu sensu”, dentro de la cuál habría las figuras que confieren al delegado facultades omnímodas de elección (comisario en la legislación del País Vasco), frente a las que sólo tienen un arbitrio restringido a elegir o distribuir entre ciertos sucesores (casi todas las del Derecho interregional civil español⁷) y, por fin, cuando el delegado

⁶ CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 17 y ss.

⁷ Fiducia aragonesa (art. 439 a 463 CDF Aragón), heredero distribuidor en Mallorca y Menorca (art. 18 CDCBaleares), cláusula de confianza en Ibiza y Formentera (art. 71 CDCBaleares), la “institución de heredero por fiduciario”, “heredero distributivo” o “cláusula de confianza” (art. 424-1 y ss. CCCat); el comisario en Galicia (art. 196

no tiene margen alguno de elección, o éste es mínimo⁸. 1.3.2.- Según el carácter secreto o no de la encomienda: a) dentro de las figuras secretas estarán el “nuntius”, el ejecutor o albacea de confianza y el heredero y legatario de confianza. b) Entre las nos secretas distingue los anteriores supuestos de confianza o fiducia sucesoria “stricto sensu” y “lato sensu”.

1.4. VALLET⁹ diferencia: 1.4.1. El fiduciario ilimitadamente comisionado para designar heredero a la persona o fundación que a su libre arbitrio determine, prohibido por el art. 670 CC y cuyo ejemplo típico es el comisario foral vizcaíno. 1.4.2. El fiduciario limitadamente comisionado para designar heredero o herederos, distribuir desigualmente entre unos y excluyendo a otros, dentro del género de personas (hijos, descendientes, hermanos, sobrinos, parientes) u obras que el testador determina y que el comisario debe especificar (propios de Navarra y Aragón). 1.4.3. El fiduciario facultado para interpretar la voluntad del testador, resolviendo las dudas que pudieran presentarse. 1.4.4. El fiduciario que no es, verdaderamente, sino un depositario, administrador del caudal relicto, en tanto no se superen determinadas circunstancias (minoría, falta de madurez, ausencia, influencia o representación no querida, etc.). 1.4.5. El fiduciario o heredero de confianza a quien en secreto el testador comunicó su voluntad, bien para que la revele, como testigo cualificado, o bien, para que la guarde en secreto, pero la cumplimente y ejecute, como un verdadero órgano del testador en el que éste depositó su confianza (prohibida

LDCGalicia), fiduciario-comisario (ley 281 CDCFN Navarra). Y en el Derecho civil común, el Cónyuge distribuidor (art. 831 CC) y los mandatarios de distribución en favor de clases determinadas o por el alma del testador (art. 641, 747, 749 y 751 CC).

⁸ Los fideicomisos puros de tipo romano: art. 781 y ss. CC; arts. 25-37 CDCBaleares; leyes 224-239 Navarra. Las herencias, leyes 289-295 Navarra. Heredero de confianza y legados de confianza, art 424-11 y ss. CCCat.

⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Panorama del Derecho de Sucesiones*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1982. ISBN: 84-7398-219-3, pp. 220 y 221.

totalmente por el art. 785-4º CC y permitida en las legislaciones civiles (Cataluña y Navarra). 1.4.6. Fideicomisos propiamente dichos, supuestos de fiducia plena y secreta “cum amico” mortis causa, que no pueden calificarse de simulados, pues la institución de heredero es verdaderamente querida por el testador aunque el testamento no revela completamente la voluntad del testador.

1.5. RIVAS MARTÍNEZ¹⁰ recoge una categorización similar: 1.5.1.- Supuestos de Fiducia plena, aquélla totalmente oculta, tanto en su contenido, como en su propia existencia. 1.5.2.- Herederos o fiduciarios de confianza de modo que el testamento sólo se oculta su contenido, pero no su existencia ni el nombre de los fiduciarios 1.5.3.- Fiduciarios y comisarios con facultad de elegir herederos o distribuir los bienes igual o desigualmente: art. 831 CC, la fiducia sucesoria en Aragón, el heredero distribuidor en Mallorca y Menorca y la fiducia sucesoria en Ibiza y Formentera; instituciones fiduciarias en Cataluña¹¹, los fiduciarios-comisarios en Navarra, el comisario o alkar poderoso vasco y el testamento por comisario en Galicia. 1.5.4.- Fideicomisos propiamente dichos, los fideicomisos puros, los fideicomisos de sustitución (entre ellos los de residido *de si aliquid supererit* y los *de eo quod supererit*) y la institución preventiva de residuo. 1.5.5.- Y albaceas y contadores partidores. Son instituciones de confianza del testador, encaminadas a la ejecución y cumplimiento de su última voluntad.

¹⁰ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones Común y Foral*, tomo II. Dykinson, Madrid, 2009. ISBN 978-84-9849-426-6, pp. 1341 y ss.

¹¹ Aquí dicho autor incluye al heredero fiduciario para elegir fideicomisario (art. 426-1 1 CCCataluña), la cláusula de confianza a favor del cónyuge o conviviente sobreviviente respecto de los hijos y descendientes comunes (art. 424-1 y ss) y la fiducia electiva conferida a dos parientes (art. 424-5 y ss).

2. Concepto reducido

Por lo tanto, frente a la amplia gama de figuras analizadas, a los efectos del testamento por comisario en la LDCV, hemos de quedarnos, dentro de la clasificación de CÁMARA LAPUENTE sólo con lo que denomina “*fiducias sucesorias strictu sensu*”. Dentro de las mismas, veremos si la sucesión por comisario vasca habrá de bascular hacia un delegado facultades omnímodas de elección (poder testatorio o testamento por comisario) o el que sólo dispone de un arbitrio restringido a elegir o distribuir entre ciertos sucesores (fiducia sucesoria propiamente dicha).

3. Concepto actual y estricto. ¿Subsistencia actual del vero poder testatorio o reducción a mera fiducia sucesoria?

3.1. *Planteamiento*: Es la concepción clásica de SÁNCHEZ ROMÁN¹², quien definía el testamento por comisario como el otorgado por una persona (comisario) a nombre de otra (comitente), en virtud de poder que al efecto ésta le confería. De manera similar ROCA SASTRE¹³ distingue aquel acto en el cual el derecho que el padre o madre, o ciertos parientes atribuyen a una tercera persona, de elegir heredero o distribuir la herencia entre los hijos, para el caso de morir aquéllos sin haber instituido heredero.

CELAYA¹⁴ mejoró en 1972 dicha definición de SÁNCHEZ ROMÁN, aclarando que la eficacia se desplegaba tras la muerte del causante: el testamento por comisario es el otorgado por una persona (comisario) a

¹² SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho civil*. Tomo 6º, derecho de sucesión “mortis causa”, vol. 1º. Sucesores de Ribadeneira, Madrid, 1910, pp. 313 y 314.

¹³ ROCA SASTRE, Ramón María. “L’heretament fiduciari al Pallars Sobirà”, Conferéncies sobre varietats comarcáis del Dret Gvil Cátala, Barcelona, 1934”. En *Estudios sobre sucesiones*. Tomo II, Instituto de España, Madrid, 1981. ISBN 84-8559-14-2, pp. 280.

¹⁴ CELAYA IBARRA, Adrián. “El testamento por comisario”. *Anuario de derecho civil*, vol. 25, nº 3, Madrid, 1972, pp. 736.

nombre de otra ya fallecida, en virtud del poder que ésta le confirió. También de manera parecida, ASÚA¹⁵ lo define así: “En el art. 30 LDCV se establece que el causante (mal denominado en el precepto testador) pueda encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor; la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos”.

Pero el poder testatorio, o la posibilidad de, literalmente, otorgar testamento por otro, causa actualmente rechazo en la Doctrina por razones de dogmática jurídica, cuyo máximo exponente es la citada ASÚA¹⁶ para quien es “inmantenible, máxime porque es innecesario para el logro de las finalidades perseguidas con la institución, la consideración de que el comisario, cuando ordena una sucesión ajena, representa a una persona ya fallecida”. Este prejuicio no se da en la Jurisprudencia, que lo acepta con naturalidad¹⁷.

Pero lo cierto es que la reducción del poder testatorio a mera fiducia triunfó en la reforma por Ley 3/1999 del Fuero de Gipuzkoa, que dio

¹⁵ ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”. En Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia (coord.). *Manual de Derecho Civil Vasco*-, Atelier Libros, Barcelona 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 361.

¹⁶ ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”. En M^a. Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128, pp. 943: “En la actual evolución de las ideas jurídicas, debería ya resultar inmantenible, máxime porque es innecesario para el logro de las finalidades perseguidas con la institución, la consideración de que el comisario, cuando ordena una sucesión ajena, representa a una persona ya fallecida (en el mismo sentido, GALICIA, 2009, IV). Lo que estaría es, como se acaba de señalar, realizando actos de disposición sobre un patrimonio ajeno que culminan el proceso sucesorio; pero se habría de entender que semejantes actos los realiza el comisario actuando en nombre propio y no en nombre ajeno». Anteriormente la misma autora en *Designación de sucesor a través de tercero*. Tecnos, Madrid, 1992. ISBN: 84-309-2258-X, pp. 51.

¹⁷ STS, de 30-10-1944 y más modernamente la SAP de Bizkaia, sec. 5^a, 02-05-2018.

redacción al art. 164.2 Ley 3/1992 en el sentido que el nombramiento de comisario únicamente será válido si el causante hubiere señalado el grupo de personas entre las cuales ha de efectuarse la designación o si, a falta de tal señalamiento, el causante hubiere dejado herederos forzosos¹⁸.

Y eso es lo que se deduce, al menos aparentemente, del art. 33.2 LDCV, la idea meramente fiduciaria: “Si el testador ha indicado las personas entre las que el comisario ha de elegir, deberá éste atenerse a lo establecido en el poder. Si no hubiera ninguna indicación de este tipo, el comisario deberá elegir entre el cónyuge viudo, el miembro superviviente de la pareja de hecho y los herederos forzosos, y cuando se trate de bienes troncales solamente podrá elegir entre los tronqueros”, cuya redacción se arrastra desde el Anteproyecto de 2000 de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País¹⁹ cuya memoria nada explica de la razón del cambio respecto de la Ley 3/1992. Será URRUTIA²⁰ quien explique que se intenta evitar una utilización del poder testatorio que desvíe los bienes sujetos al

¹⁸ Literalmente se acoge la tesis de ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel en *Dictamen en relación con el «Derecho Civil Guipuzcoano» y en la perspectiva de su “conservación, modificación y desarrollo”*, obra cit., Recuperado de <https://www.ehu.es/documents/1549725/1573708/dic-tamen.pdf>, pp. 66: “Obsérvese que, a falta de especificación por el causante (artículo 164.2.1º) y a falta de herederos forzosos (artículo 164.2.2º), el nombramiento del comisario será ineficaz, De este modo, y a diferencia de lo que parece desprenderse de la literalidad del Derecho vizcaíno, no se permite una absoluta -y, por ende, peligrosa- dejación en manos ajenas -las del comisario- de la total responsabilidad de la ordenación sucesoria”. La idea ya la manifiesta LACRUZ BERDEJO, José Luis. En José-Luis Lacruz y otros, *Elementos de Derecho Civil. V; Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona 1981. ISBN 84-7294-145-0, pp. 376.

¹⁹ REAL SOCIEDAD BASCONGADA DE AMIGOS DEL PAÍS. *Primer Anteproyecto de Derecho Civil Vasco*. RSBAP, Bilbao, 2000. ISBN 84-89689-10-5, pp. 27 y 29.

²⁰ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a en “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”. En Andrés M^a Urrutia, Óscar Monje y Francisco Lledó (dir.) y Andrés M^a. Urrutia (coord.). *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 374 y 375.

mismo de destino familiar, esto es, el cónyuge, hijos y pareja de hecho, lo que proviene de la constante práctica notarial del poder testamentario; de designar el círculo de personas entre las cuales el comisario puede ejercitar sin que este círculo quede abierto de forma innominada.

3.3. *Situación actual*: El fenómeno de la sucesión por comisario según CELAYA²¹ es la ordenada por una persona a nombre de otra ya fallecida en virtud del poder que ésta le confirió y se integra por dos actos: 1º.- el poder sucesorio, que es un acto del causante o comitente en el que autoriza a otra persona para disponer de sus bienes tras su muerte (art. 30 LDCV), y 2º.- el acto de atribución sucesoria por cuenta del causante que otorga el comisario designado, haciendo uso del poder (art. 18 y 43 LDCV). Exactamente en esos términos se expresa la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, 02-05-2018²².

Concluimos que la reducción a fiducia es meramente aparente en el actual texto legal, por las siguientes razones:

²¹ CELAYA IBARRA, Adrián. “Sección 3ª. Del poder testamentario y del testamento por comisario”. En Manuel Albaladejo y Silvia Díez Alabart (dir.). “Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales”. Tomo XXVI. EDERSA, Madrid, 1997. ISBN 84-7110-875-4, pp. 162.

²² “El testamento por comisario que supone una excepción al principio general del Cº Civil del testamento como acto personalísimo (art. 669 y art. 670) supone cronológicamente dos momentos diferentes: El primero determinado por la realización del testamento por el comitente, en vida de éste, momento en el que éste designa el comisario o los criterios para su determinación, junto con las disposiciones para su actuación como comisario. Este primer momento exige el otorgamiento de testamento ante notario. El segundo, precisado en uno o varios actos y que puede prolongarse a lo largo del tiempo, supone la utilización del poder testamentario por el comisario, que en uno o varios actos, como luego veremos, dispone de todo o parte de los bienes a favor de los sucesores del comitente que pasan a ser, tras este acto, los sucesores efectivos del comitente, sin perjuicio de la posibilidad de revocar este acto de ejercicio del poder testamentario en los casos en que la ley lo permite...”.

3.3.1. Desde el punto de vista gramatical, acierta ASÚA²³ al reconocer que el art. 43.2 LDCV afirma que la ejecución del cargo es una “disposición realizada en nombre” del causante, lo que es, como veremos luego la nota característica de la representación directa, no la indirecta que propugna dicha autora.

3.3.2. Desde la óptica teleológica: el consiguiente carácter cuasi libérrimo del comisario en lo no ordenado por el causante (art. 4, 30 y 46 LDCV y OÑATE²⁴).

3.3.3. El argumento histórico: asimismo, cabe apuntar que el art. 33.2 LDCV no es tan radical como en el art. 164.2 Ley 3/1992 pues no condiciona la validez²⁵ de la institución de comisario al nombramiento de la gama de sucesores potenciales o que existan legitimarios del causante, sino que lo reduce a requisito de ejecución, gama que puede tan amplia como quiera establecer el causante, pues esta norma es dispositiva, como se deduce del inicial (en todos los sentidos) art. 30 LDCV y, asimismo, los art. 4, 18 y 46 LDCV sobre la prevalencia de la voluntad del causante. Es decir, la LDCV se limita a exigir (art. 33.1 LDCV) como presupuesto de la eficacia de la ejecución, no de la ordenación de la sucesión por comisario la, concreción por el causante del potencial grupo de sucesores y, por su falta dicha determinación la efectúa la propia ley.

3.3.4. El canon sistemático deducido del ap. 3 del art. 32 LDCV (“A falta de herederos forzosos, el comisario podrá designar sucesores libremente”) nos da la clave de su anterior ap.2, que es la misma que la del

²³ ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 362.

²⁴ OÑATE CUADROS, Fco. Javier en “Abran paso a la libertad civil (II)”. En *Egiunea*, Revista Notarial del País Vasco, n° 7 agosto-octubre 2020, Bilbao, 2020, pp. 17.

²⁵ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”. En M^a Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 906.

art. 30, que el comisario podrá lo mismo pero no más que el causante, luego habrá de respetar las legítimas, troncalidad, reservas y reversiones. Es decir, el comisario puede disponer como bien le parezca dentro del grupo de personas cuya genérica delimitación no tiene límite para el causante. Y, aun en el supuesto de que este último no señale el grupo de beneficiarios, salvadas o pagadas a sus destinatarios las restricciones a la libertad de testar el comisario podrá ejercer su función por lo demás como podría hacerlo aquél.

3.3.5. La analogía con el usufructo poderoso ayalés, que también ha evolucionado en un sentido similar y cabe interpretar una institución por la otra y viceversa (cfr. art. 91.4 LDCV). Tras la Ley 3/1992, que reguló por escrito el *usufructo poderoso* por primera vez, discutía la Doctrina, si, dada la redacción del art. 140 LDCV²⁶, el delegado sólo tenía una elección “certis de incertis”, limitada a optar entre los hijos y descendientes del causante²⁷, o bien podía elegir sucesor libremente conforme a la libertad civil del fuero de Ayala²⁸. El actual art. 91.2 LDCV concede al usufructuario poderoso la facultad de disponer y elegir “de la totalidad o parte de los bienes a favor de los hijos o descendientes del constituyente y otras personas señaladas expresamente por el mismo”, que era la in-

²⁶ “El usufructo poderoso atribuye al usufructuario, además del contenido propio del derecho de usufructo, la facultad de disponer a título gratuito, ‘inter vivos’ o ‘mortis causa’, de la totalidad o parte de los bienes, en favor de todos o alguno de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo”.

²⁷ CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 582.

²⁸ ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*. Diputación Foral de Álava, 1999. ISBN 84-7821-401-1, pp. 117 y 123. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”. En M^a Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-3604-0, pp. 434.

terpretación de la mayor parte de la Doctrina²⁹, que se desprendía de la comparación entre el aparentemente restrictivo art. 140 y el ampliatorio art. 141 LDCV: Que por defecto los destinatarios eran los hijos y descendientes del causante aunque éste era libre de señalar otros³⁰.

El actual art. 91.2 LDCV concede al usufructuario poderoso la facultad de disponer y elegir “de la totalidad o parte de los bienes a favor de los hijos o descendientes del constituyente y otras personas señaladas expresamente por el mismo”, que era la interpretación de la mayor parte de la Doctrina³¹,

²⁹ ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 123. SALAZAR IZAGUIRRE, Jon Joseba. *El fuero de Ayala-Aiarako Forua*. Recuperado de <http://www.forulege.com/dokumentuak/Aiarako%20Forua-Fuero%20de%20Ayala.pdf>, pp. 19: “la disposición deberá hacerse a favor de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo, salvo que en el ejercicio de la libertad de testar, el constituyente del usufructo señale las personas entre las que el usufructuario pueda designar al destinatario de los bienes. Para que el usufructuario poderoso pueda dejar los bienes a otros que no sean los hijos o descendientes, el constituyente del usufructo deberá habérselo autorizado”. Y un servidor también lo propugnó: FDEZ. DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA, Bilbao, 2014. ISBN 978-84-7752-562-2, pp. 339.

³⁰ TAPIA PARREÑO, José Jaime. “El fenómeno sucesorio en Álava”. En *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Parlamento Vasco y RSBAP, Vitoria, 2016. ISBN: 978-84-939774-4-3, pp. 358. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 419. GOIKOLEA MARTÍN, Luis Ángel. “Sección cuarta. De la libertad de testar en el Valle de Ayala en Álava (Artículos 88 a 95)”. En Andrés M^a Urrutia Badiola (Coord), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 745.

³¹ ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 123. SALAZAR IZAGUIRRE, Jon Joseba. “El fuero de Ayala-Aiarako Forua”, <http://www.forulege.com/dokumentuak/Aiarako%20Forua-Fuero%20de%20Ayala.pdf>, pp. 19: “la disposición deberá hacerse a favor de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo, salvo que en el ejercicio de la libertad de testar, el constituyente del usufructo señale las personas entre las que el usufructuario pueda designar al destinatario de los bienes. Para que el usufructuario poderoso pueda dejar los bienes a otros que no sean los hijos o descendientes, el constituyente del usufructo deberá habérselo autorizado”. Y

que se desprendía de la comparación entre el aparentemente restrictivo art. 140 y el ampliatorio art. 141 LDCV: Que por defecto los destinatarios eran los hijos y descendientes del causante aunque éste era libre de señalar otros³².

Este art. 91.2 LDCV contrasta con el art. 31.2 LDC para el comisario foral. En éste último no hay duda de que la designación de gamas de sucesores es requisito de ejecución, no de existencia de la figura. A la misma conclusión llega para el *usufructo poderoso*, con razón GOIKOLEA MARTÍN³³, quien integra ambos preceptos, de modo que a falta de señalamiento por el constituyente de alguna categorías de sucesores el *usufructuario poderoso* debe de elegir entre los descendientes o el viudo (o pareja de hecho) del comitente. Solución radicalmente diferente es la de GIL RODRÍGUEZ³⁴

un servidor también lo propugnó: FDEZ. DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 339.

³² TAPIA PARREÑO, José Jaime. “El fenómeno sucesorio en Álava”. En *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, obra cit., pp. 358. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 419. GOIKOLEA MARTÍN, Luis Ángel. *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 745.

³³ GOIKOLEA MARTÍN, Luis Ángel. “Sección cuarta. De la libertad de testar en el Valle de Ayala en Álava (Artículos 88 a 95)”. En *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 753.

³⁴ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”. En M^a. Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128, pp. 984-986: Si faltara esta nominación, expresa o implícita, de posibles sucesores, la constitución del usufructo poderoso devendrá ineficaz, siquiera en la vertiente fiduciaria, debido a que el causante ha renunciado a conducir voluntariamente su tracto sucesorio más allá de conferir el mero disfrute usufructuario. También sucedería lo mismo si la designación de los sucesores hubiera quedado establecida por el causante en tal modo que apareciera vedada para el usufructuario la posibilidad de modular la misma, o ello derivara de las propias circunstancias del llamamiento, al concurrir, por ejemplo, un solo hijo o descendiente del causante; supuestos más propios de ser calificados de sustitución fideicomisaria o de fideicomiso de residuo.

para quien tal designación de potenciales sucesores es requisito de la validez, no del usufructo pero sí de la fiducia sucesoria aneja al mismo. Opto por la opinión de GOIKOLEA, en defensa de la cual recuerdo el principio *favor negotii* que supone la aplicación del art. 31.2 LDCV, llamamiento a la descendencia que es lo que históricamente protegía el *usufructo poderoso*, la literalidad del art. 91.2 LDCV que identifica dicho *nomen iuris* con la delegación de la potestad de ordenar la sucesión “a favor de los hijos o descendientes del constituyente” y (adicional o subsidiaria o alternativa-mente) “otras personas señaladas expresamente por el mismo”. Asimismo no hay sanción de nulidad, como hizo en su día se cuidó de establecer el art. 164.2 Ley 3/1992 (comisario sujeto al Fuero de Gipuzkoa). Añadamos que la opinión del insigne catedrático supone enervar de entrada la nacementa del *usufructo poderoso* examinando requisitos de capacidad y legitimación de los sucesores al momento de constitución del poder, no al de su ejercicio (cfr. art. 32.2 LDCV). Es decir, si hay un solo hijo al abrirse la sucesión (caso que propone como enervador del fenómeno de la delegación de la testamentificación) no por eso ha de decaer la fiducia, la vida es muy rica y sorpresiva y el delegado podrá elegir el cuánto y el cuándo de su elección cuando quizás haya más descendientes³⁵. Finalmente bastaría

³⁵ En Bizkaia se planteó la cuestión del caso que sólo haya un único sucesor forzoso, en ausencia de cónyuge a proteger, una duración exorbitada de la pendencia de la ejecución del encargo del comisario era un injustificado gravamen sobre la legítima, tal y como defendieron ARZANEGUI SARRIKOLEA, Julián. “Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio”. *JADO*, Boletín de la AVD/ZEA, ISBN: 84-8968919-9, 2004, núm. extraordinario 1, pp 126, GIMENO GÓMEZ LA FUENTE, Fco. Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*. Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9, pp. 176 y FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. *Manual Práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 173. Sin embargo, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015 ha entendido que sí se puede nombrar un comisario, con graves conflictos de intereses intra y extra hereditarios contrapuestos al del único hijo del causante –éste divorciado–, por un plazo de 30 años añadidos al legal de uno, porque así lo quiso el causante y sin que pueda ser considerado

una designación muy genérica de las categorías de beneficiarios para salvar la ineficacia predicada por tal sector doctrinal.

II. DIFERENTES TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZ JURÍDICA DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE ORDENAR LA SUCESIÓN EN DERECHO ESPAÑOL COMPARADO

Parafraseando a ALBALADEJO y PUIG FERRIOL³⁶ respecto del albaceazgo, se podría decir que tratar de encontrar la naturaleza jurídica del comisario es un trabajo inútil, pues se trata de una institución *sui generis*, con

una desheredación de facto ni fraude de ley. También la STSJ Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 26-01-2005: “E igualmente, con base en los hechos tenidos por acreditados en las sentencias anteriores, tampoco cabe entender que en la fijación del periodo de 25 años para ejecución de la fiducia exista una intención de fraude de ley que haga inoperante la cobertura legal de libre establecimiento de plazo por el causante que otorga el artículo 129 de la LS. Por el contrario, el señalamiento de tan dilatado lapso de tiempo para la ejecución de la fiducia resulta coherente, en este caso, con la clara voluntad del testador de que la herencia se defiera, por lo ya dicho, incluso a descendientes suyos no concebidos al tiempo de su muerte”. Implícitamente también se deduce el mismo pensamiento de la SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 01-07-2004 pues bien, conforme a lo prevenido en el art. 14.1 L 1/1999 CA de Aragón “Salvo disposición en contra del comitente, cuando en el momento de ejecutar la fiducia existan descendientes suyos, el fiduciario habrá de ordenar la fiducia exclusivamente a favor de alguno de o algunos de ellos, con la misma libertad con que podía hacerlo el causante”, y según dispone el art. 10.1 L 1/1999 CA de Aragón “No obstante, en la sucesión voluntaria pueden disponerse a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura viva al tiempo de la apertura de la sucesión”. Así las cosas, es llano que la fiduciaria conserva todavía facultad de elección que se niega en la demanda, pues la sucesión podría ser ordenada a favor de los descendientes futuros de cualquiera de los hijos, lo que condujo en su día a la desestimación de la demanda y lleva ahora al rechazo de la apelación”.

³⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XII, vol. 2º, EDESA, Jaén, 1979. ISBN 84-7130-278-0-84-7130-216-0, pp. 13. PUIG FERRIOL, Luis. *El albaceazgo*, Bosch, Barcelona, 1967, pp. 42.

sustantividad propia y lo que verdaderamente importa es averiguar que reglas se le aplican en defecto de las suyas propias. Pero al final de este capítulo veremos que no es así, la opción que tomemos llevará consigo consecuencias jurídicas ciertas.

Probablemente falte una regulación general, al menos en España, de los delegados para testar, como tampoco la hay respecto de la persona jurídica o el poder. Vamos a hacer un esfuerzo en reducir la múltiple variedad de ideas sobre el particular, con una clasificación que no será original, sino copiada del maestro CASTÁN³⁷ para el albaceazgo: 1. Sistemas fundados sobre la analogía. 2. Sistemas que tienen por base la idea de la representación. 3. Sistemas fundados sobre la idea que la delegación es unja carga que se impone a un sucesor más o menos pleno de retransmitir todo o parte de la herencia a terceros. 4. Sistemas fundados en los grados de formación de la voluntad del testador. 5. Sistemas del titular de un poder de disposición *mortis causa* sobre un patrimonio ajeno.

En general, todas estas explicaciones tratan de encontrar una alternativa a la tradicional que el comisario es un representante del causante para ordenar la sucesión de este último. Así se deduce de la definición de *comisario* en el Diccionario de la RAEL: “*comisario, ria. Del b. lat. commissarius, y este der. del lat. commissus, part. pas. de committre ‘cometer’*. 1. m. y f. Persona que tiene poder y facultad de otra para ejecutar alguna orden o entender en algún negocio”.

1. Sistemas fundados sobre la analogía

1.1. El delegado para testar como simple portavoz o “nuntius” de la voluntad del testador. Su cometido consiste en recibir la encomienda del causante y revelarla cuando proceda, que es lo que ocurre con las herederos y legatarios.

³⁷ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo VI, Sucesiones, Vol. II. Ed. Reus, Madrid, 1979. ISBN 84-290-1203-6, pp. 365.

rios de confianza (leyes 289-295 CDCNavarra, art 424-11 y ss. CCCat), pues éstos se limitan, ora a revelar dicha voluntad, ora a ejecutarla directamente sin desvelarla, luego se limitan a reproducir una voluntad ajena, la del causante, que elige un modo de publicitarla alternativo al testamento documental. Por el contrario el comisario emite una declaración de voluntad propia, aunque sujeta a veces a instrucciones, generalmente libérrima y propia.

Tiene razón MARTÍNEZ-CORTÉS³⁸ cuando dice que el heredero de confianza “sólo es un heredero aparente, más bien un testigo cualificado, que no hace sino exteriorizar una voluntad ajena”. Aunque entendiésemos el portavoz tan ampliamente como Díez-PICAZO y LACRUZ³⁹, para quienes es un verdadero representante, aunque indirecto, pues tiene facultades interpretativas del causante y puede concluir o no el negocio encomendado, luego en palabras del último autor citado “no es una paloma mensajera”. El heredero de confianza es una figura muy alejada del comisario de la LDCV, pues este último tiene plena libertad de ordenar la sucesión en lo que no le limite el causante (art. 33.1 LDCV), o, como dice GIMENO⁴⁰, el comisario, al elegir heredero, emite una declaración de voluntad propia.

1.2. *El delegado para testar como mandatario “post mortem”*. Recuerda MARTÍNEZ CORTÉS⁴¹ que GIAMPICOLO es autor de la tesis según la cual

³⁸ MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008. ISBN 978-84-89510-95-1, pp. 19.

³⁹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1979. ISBN: 84-7398-086-7, pp. 53 y 54. LACRUZ BERDEJO, José Luis. En José Luis Lacruz y otros, *Elementos de Derecho Civil*. Iª Parte General del Derecho Civil, vol 3º. Bosch, Barcelona, 1984. ISBN 84-7294-169-8, pp. 295 y 296.

⁴⁰ GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco-Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 138.

⁴¹ MARTÍNEZ-CORTÉS Gimeno, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 20.

hay un mandato «post mortem» por el que el causante confiere a otro sujeto la facultad de testar durante un tiempo a partir de su fallecimiento.

En España defienden tal postura el propio art. 670 CC, CASTÁN⁴² y su STS, Sala 1ª, de de 30-10-1944 y, en cierta manera, NÚÑEZ IGLESIAS⁴³ y sobre todo la STS, Sala 1ª, de 06-03-1965 que la considera como una institución muy semejante al mandato. Las similitudes entre la delegación de la facultad de ordenar la sucesión y el mandato son varias, atendiendo a las características que señaló DE LA CÁMARA⁴⁴: sustitución del mandante en la encomienda, actuación esencialmente volitiva, que juzga la oportunidad o procedencia de actuar o no y cómo, independencia de criterio respecto del dueño del negocio y repercusión en éste de sus efectos. Específicamente milita a favor de esta institución la citada STS, Sala 1ª, de 06-03-1965 que la considera como una institución muy semejante al mandato. En contra, la SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 31-07-2001, que rechaza la aplicación analógica a la fiducia de las causas de extinción del albaceazgo y del mandato. De hecho la Jurisprudencia considera a los albaceas y contadores-partidores como mandatarios *post-mortem* del testador, con amplísimas facultades al identificarse con el propio causante que les nombró⁴⁵ (STS, Sala 1ª, 22-03-1983, 13-04-1992 y 20-02-1993).

⁴² CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo VI, Sucesiones, Vol. II obra cit., pp. 597.

⁴³ NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 322.

⁴⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *La revocación del mandato y del poder*. Instituto editorial Reus, Madrid, 1948, pp. 573 y ss.

⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 404: “En la jurisprudencia se habla corrientemente de mandato y alguna sentencia, con mayor pretensión técnica, de mandato post mortem, más a modo de una imagen y para justificar la aplicación analógica de diversas reglas del mandato a un officium de Derecho privado con sustantividad propia”.

Según ALEGRE ALONSO⁴⁶ esta postura tiene arraigo en la doctrina debido a que tanto el mandato como la fiducia tienen su fundamento en un encargo encomendado con base en la confianza. Sería un mandato por el cual el “de cuius” ruega al fiduciario que entregue los bienes a un tercero de entre los que él designe. Hay varios reparos:

1.2.1 La prohibición del mandato “post-mortem”, es decir, con MARTÍNEZ CORTÉS⁴⁷, el mandato se extingue a la muerte del mandante (art. 1732 CC).

1.2.2. Considerar un mandato post-mortem supondría aceptar un mandato irrevocable, mucho menos aceptable por los posibles herederos (ALEGRE ALONSO⁴⁸).

1.2.3. Mientras que el mandato nace de dos voluntades entre personas vivas (art. 1709 CC), la delegación para testar es siempre una ordenación unilateral frente a la bilateralidad del mandato pues no es aceptada hasta después de la apertura de la sucesión ni vinculante si no se acepta desde entonces⁴⁹. También entiendo que el mandato no se ajusta bien al poder testatorio, pues terminológicamente, el comisario recibe una “encomienda” conforme a su art. 30 LDCV, lo cual alude directamente a las prohibición de los art. 671 y 820 CC y está en la línea del art. 1057 CC, como un acto unilateral del testador, una disposición que ordena (cfr. art. 667 CC), no una obligación del art. 1091 CC.

⁴⁶ ALEGRE ALONSO, Guillermo. “Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria”. En *Revista de derecho civil aragonés*, n° 1-2, 1998. ISSN 1135-9714, págs. 74.

⁴⁷ MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008. ISBN 978-84-89510-95-1, pp. 20.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis. En José Luis Lacruz y Fº. de Asís Sancho (aut.). *Derecho de sucesiones*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 711. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 35. CÁMARA (de la) ÁLVAREZ, Manuel. *La revocación del mandato y del poder*, obra cit, pp. 590.

1.2.4. El mandato obliga, y el poder testatorio, no (art. 45.5° LEC). Otra cosa es la posible pérdida de las liberalidades dejadas al comisario si no acepta o renuncia su cargo que apuntan tanto GIMENO como ASÚA⁵⁰.

1.2.5. Además, el mandato no es ni siquiera el negocio jurídico subyacente a la delegación para ordenar la sucesión. La confianza en el comisario va más allá del encargo de regular la sucesión, especial y notoriamente en el caso del “alkar poderoso” o poder testatorio otorgado al viudo o miembro sobreviviente de la pareja de hecho, cuyo interés particular es más importante que el de los sucesores presuntos y cuya causa no puede ser un frío “encargo”, sino que hay una causa marital o familiar (cfr. art. 5.2 LDCV). En tal sentido URRUTIA⁵¹ para quien el propio poder contiene en sí mismo la confianza. Y apunta GIMENO⁵² como el comisario-viudo desborda claramente lo que es un mero encargo para testar. Efectivamente sale especialmente reforzado de la LDCV por un alto techo de caracteres dables por el causante⁵³:

⁵⁰ GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Fco. Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 167. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 368.

⁵¹ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “La sucesión mortis causa en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco y los testamentos en particular”. En *El derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Parlamento Vasco y RSBAP, Vitoria, 2016. ISBN: 978-84-939774-4-3, pp. 324: “cuando realiza el testamento o el pacto sucesorio del comitente no está solo representando a este, sino ejercitando la voluntad de aquel que en base a esa relación de confianza, otorgó dicha confianza por escrito a través de un encargo o comisión y lo hizo además de una forma más o menos amplia en función de su voluntad y, sobre todo, de su libertad civil y del principio de delegabilidad”.

⁵² GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 139.

⁵³ FDEZ. DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”. En Andrés M^a Urrutia Badiola (dir./coord.), *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y*

1.3. *El delegado para testar como ejecutor (albacea/contador-partidor) con facultades extraordinarias.* Es la posición de NÚÑEZ IGLESIAS⁵⁴. Su semejanza radica en que hay un intermediario, persona distinta del causante y del heredero, en principio, que cumple con un encargo del causante tras la muerte de éste para dar a la herencia un destino con amplia discrecionalidad (cfr. art. 901 y 1057 CC) y que a veces entra más en lo institutivo o distributivo que en lo ejecutivo (cfr. art. 671, 747, 749, 909 y 1057 CC). Ciertamente resulta difícil encontrar el límite entre el fin de la mera ejecución de la sucesión (cfr. art. 902.3º “Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento”). Además, como señala LACRUZ⁵⁵ la ordenación de la sucesión por el albacea puede verse reforzada de facto mediante cláusulas obligando a pasar por la decisión de los albaceas o contadores partidores, sancionando al instituido o legatario con la privación de derechos sucesorios O su reducción a la legítima estricta caso de cualquier reclamación judicial suya en relación con la herencia.

Una ventaja, es que aporta una regulación supletoria a la delegación de la ordenación de la sucesión (art. 892 y ss. CC y los correspondientes de las legislaciones forales). Otra ventaja, señalada por LADARIA⁵⁶, es que tanto los albaceas, como los contadores partidores y los administradores de

formulario notarial. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 72: a) Irrevocabilidad al instituirse contractualmente (art. 31.2 LDCV) con los matices estudiados anteriormente. b) Administrador nato de la herencia (art. 37.2 LDCV), sobre lo que volveremos posteriormente. c) Duración indefinida o vitalicia (art. 41.1 LDCV). d) Usufructuario nato (art. 41.3 y D.T.4ª LDCV). e) Facultades dispositivas del patrimonio hereditario (art. 43.4 y 5 LDCV, incluso liquidador del mismo (art. 43.3 LDCV).

⁵⁴ NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 321.

⁵⁵ LACRUZ BERDEJO, José-Luis. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 320.

⁵⁶ LADARIA CALDENTEY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952, pp. 100 y 101.

la herencia obran en virtud de legitimación indirecta, otorgada en razón de su cargo u oficio, por ministerio de la ley, sin ser necesaria la ficción de la representación de un muerto. Y en consecuencia los sucesores han de pasar por las decisiones del albacea, quien al contrario, no precisa del concurso de los mismos en su actuación.

Esta concepción del fiduciario como un albacea contador partidor especial es abundante en relación a la delegación de la facultad de mejorar del art. 831 CC. Así RUEDA ESTEBAN y MILLÁN SALAS⁵⁷ lo exponen como una facultad de partir y mejorar: “Tampoco el artículo 831 es un poder testatorio en cuanto que el causante no delega la facultad de instituir heredero. Por estas razones, mantenemos que el artículo 831 no es un pacto sucesorio sino una concesión, que no es necesario que sea recíproca, entre los esposos o parejas de hecho, de una facultad para que el cónyuge o pareja de hecho sobreviviente mejore, adjudique o atribuya bienes concretos”. Es lo que RUEDA ESTEBAN, CARBALLO FIDALGO y BLASCO GASCO⁵⁸ denominan una “función dispositiva-partitiva”:

⁵⁷ RUEDA ESTEBAN, Luis. *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*. Tesis doctoral, pp. 216, Recuperada de: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/25055/1/T35282.pdf>. “Una delegación de la facultad de disponer mortis causa, que tampoco debe confundirse, con el clásicamente denostado poder testatorio. Ya hemos hecho constar anteriormente, que en ningún caso se trata de este, ya que no se delega la facultad de instituir heredero, sino la de mejorar y/o distribuir la herencia. En consecuencia, tampoco el artículo 831 CC es esa figura, en cuanto que el causante no delega la facultad de testar. Por estas razones, entenderemos que el artículo 831 no es un pacto sucesorio ni tampoco un poder testatorio, sino una concesión, que no es necesario que sea recíproca, entre los esposos o parejas de hecho, de una facultad para que el cónyuge o pareja de hecho sobreviviente mejore, adjudique o atribuya bienes concretos entre los hijos o descendientes comunes”. También MILLÁN SALAS, Francisco. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil”. En *Revista general de legislación y jurisprudencia*, ISSN 0210-8518, n° 3, 2006, pp. 409.

⁵⁸ RUEDA ESTEBAN, Luis. *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 397. CARBALLO FIDALGO, Marta. “La fiducia sucesoria de disposición

“En tal labor partitiva, estará sujeto a idéntico régimen que el propio causante, sustraído del principio de igualdad cualitativa de los lotes y sustraído también de las consecuencias de la evicción y la rescisión por lesión (arts. 1070.1 y 1075 CC), siempre sin perjuicio de las legítimas”.

La diferencia esencial entre el albacea/contador/partidor y el comisario para CELAYA⁵⁹ es que la facultad de “distribución” del comisario (art. 670 in fine CC, art. 30 LDCV) de entre las clases señaladas por el causante (p.ej. sobrinos) es un “arbitrium merae voluntatis”, mientras el ejecutor sólo interpreta la voluntad del causante y por tanto no puede dar a uno más que a otro. Entiendo correcta esta apreciación porque este pensamiento está en la tradicional redacción de los art. 15 Compilación, art. 32 Ley 3/1992 y art. 30 LDCV: “El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos”. Y, precisamente, el art. 36.2 LDCV es rotundo en la distinción al establecer que el comisario podrá designar albacea y contador partidor de la herencia del comitente, si éste no lo hubiera hecho”. En suma, como recuerdan MILLÁN SALAS, RUEDA ESTEBAN y GARCÍA RUBIO⁶⁰ el delegado del art. 831 CC no es un comisario pues que no está en la

en los ordenamientos forales. Especial consideración al ‘testamento por comisario’ gallego”. *Actualidad Civil*, nº 12. ISSN 0213-7100, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Jun. 2005, tomo 1, pp. 15. BLASCO GASCO, Fco. de Paula. *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. ISBN 978-84-9190-752-7, pp. 342.

⁵⁹ CELAYA IBARRA, Adrián. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 737.

⁶⁰ MILLÁN SALAS, FRANCISCO. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil”. En *Revista general de legislación y jurisprudencia*, ISSN 0210-8518, Nº 3, 2006, pp. 409. RUEDA ESTEBAN, Luis. *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 216. GARCÍA RUBIO, M^a Paz. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X. Vol. 61, nº 1, 2008, pp. 91.

misma posición del causante para ordenar la sucesión de éste en lo que coinciden con la RDGRN de 18-12-2019 (“de manera que pueden, sin necesidad de apartar a los legitimarios, adjudicar la totalidad de los bienes de la herencia en la forma que tengan por conveniente. Estas facultades no las tiene el fiduciario del artículo 831 del Código civil, que debe respetar las legítimas que correspondan y, desde luego, las disposiciones del testador (...) Por lo tanto, habida cuenta que no está entre sus facultades la de apartar a los legitimarios, ni desheredarlos, ni instituirlos“. La SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 07-04-2009 en el mismo sentido.

De hecho, la equiparación al albacea al comisario no es aceptada por la Jurisprudencia, que es opuesta a la aplicación analógica de las causas de extinción del albaceazgo o mandato a la sucesión por comisario y a la fiducia (art. 910 CC vs. SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 31-07-2001, SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 y sec. 5ª, de 01-12-2015).

No obstante, la utilidad de la asimilación al albacea puede venir del hecho de que, conforme al Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, no contempla la figura, refiere sólo ejecutores testamentarios según URRUTIA y RENTERÍA⁶¹, razón por la que en dicho certificado sucesorio europeo habría de introducirse el comisario bajo el epígrafe o en el campo de formulario relativo a esos ejecutores testamentarios.

1.4. *El delegado para testar como oficio de derecho privado.* Oficio (“officium”), un derecho/deber de Derecho privado, por antonomasia son las

⁶¹ URRUTIA BADIOLA, Andrés María. *El Certificado sucesorio europeo y el poder testatorio en el Derecho civil foral de Vizcaya*. Recuperado de <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1433452490.pdf>. RENTERÍA AROCENA, Alfonso. *Las sucesiones mortis-causa transfronterizas en derecho español: los convenios internacionales, el Reglamento 650/2012 y las reformas legislativas de 2015*. Recuperado de <https://www.notariosregistradores.com/web/wp-content/uploads/2015/12/Sucesiones-mortis-causa-transfronterizaa-Alfonso-Renteria-Arocena.pdf>

tutelas, las curatelas y los administradores judiciales, administradores concursales, etc., quienes presentan caracteres sin duda similares a los del comisario⁶²: a) basado en la confianza que el ordenante (causante, ordenante, el Juez) le ha depositado; b) sus funciones son personalísimas y no delegables; c) cargo temporal, d) con funciones tuitivas que alcanzan a realizar todas las facultades que expresamente le hubiera conferido el otorgante, incluso la de practicar enajenaciones de bienes; e) evita la equiparación al mandato y a la representación “post mortem” pues sus facultades vienen otorgadas y definidas por la ley; f)⁶³ sus amplísimos poderes no son omnímodos por ello debe prestar unas garantías (inventario, juramento y dación de caución), y rendir cuentas una vez concluido el encargo. Características todas ellas similares al delegado para testar.

Esta es la postura para el art. 831 CC de GARRIDO DE PALMA⁶⁴ y, parcialmente, de CÁMARA LAPUENTE⁶⁵ para el fiduciario-comisario de

⁶² SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 23-07-2001.

⁶³ ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 72.

⁶⁴ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. “Visión notarial del artículo 831 del Código civil”. En *Libro homenaje a Ramón Mª Roca Sastre*. Volumen III. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1977. ISBN 978-8450014167, pp. 387: “A nuestro entender, es evidente que el supérstite tiene una facultad, pero una facultad, la fiduciaria del 831, no para su beneficio y en su propio interés, sino en el de la familia; derecho-deber o función en definitiva que el Código establece porque confía en el buen hacer, la autoridad y la prudencia del cónyuge viudo”.

⁶⁵ CÁMARA LAPUENTE, Sergio. En *Manual Albaladejo y Silvia Díaz Alabart* (dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVII, Vol. 2º. EDERSA, Madrid, 2001, ISBN 84-8494-008-X, pp. 389 y 390, EDERSA, 2001: “desde la perspectiva de la posición del fiduciario-comisario, su naturaleza jurídica es la de un «officium», función o cargo de Derecho privado (con sus caracteres de voluntario, naturalmente gratuito, temporal y personalísimo)...”, que tiene por encargo o misión decidir con su propia voluntad ciertos extremos (más o menos amplios) que restan por determinar en la sucesión del comitente, con matices. Y desde la perspectiva de la institución fiduciaria en su globalidad, la naturaleza puede explicarse con un concepto amplio de testamento (u

Navarra. NANCLARES⁶⁶ aunque denomina “officium” de derecho privado al cargo del fiduciario–comisario navarro, bien leído opta por la teoría de la integración de la voluntad, como luego veremos.

En tal sentido parece pronunciarse URRUTIA⁶⁷: “una figura mixta que combina facultades de delegación para instituir y disponer patrimonialmente y facultades de carácter legal de las que la propia ley inviste (tutela, alimentos...)”. Entiendo que este autor va más allá y considera en el fondo al comisario ordinario como un mero apoderado, en línea con GIMENO, y al “alkar poderoso” como un “officium” p.ej. cuando sólo a éste le reconoce facultades de administración dinámica y de disposición sobre los bienes hereditarios⁶⁸.

Sin embargo, el delegado para testar tiene un cargo voluntario, no obligatorio, que no tiene que cumplir hasta el final y no tiene sometimiento a la vigilancia de los poderes públicos. Sus facultades no vienen impuestas por ley sino concedidas a medida por el causante. Y a su cese sigue el testamento preventivo o la sucesión intestada no necesariamente un sustituto en el cargo. Y también se pueden oponer los reparos a la asimilación a la figura del albacea.

ordenación sucesoria) «per relationem», según el cual el testador (o causante) no expresa por completo su voluntad sucesoria, sino que hace reenvío o remisión («relatio»), para la determinación del contenido, a una fuente distinta, que puede ser un escrito informal del disponente, la declaración de un tercero, etc. Se trata, pos tanto, de un negocio jurídico perfecto en el que alguno de sus elementos sólo se consumará con la «relatio»”.

⁶⁶ NANCLARES VALLE, Javier. “Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”. En M^a Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 915.

⁶⁷ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 343.

⁶⁸ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 422.

2. Sistemas que tienen por base la idea de la representación

Es la opinión clásica de MANRESA y de SÁNCHEZ ROMÁN⁶⁹. Era de común uso en la Jurisprudencia y la Doctrina Administrativa⁷⁰ y legislación anterior al Código civil⁷¹. Más modernamente sus valedores prácticamente se constriñen al Derecho Civil Vasco, particularmente CELAYA⁷² y sus

⁶⁹ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código civil español*. Tomo V, obra cit., pp. 553: “los testamentos llamados por “comisario” (...) eran los otorgados por persona distinta del testador, en virtud de poder conferido al mismo con dicho objeto”. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho civil. Tomo 6º, derecho de sucesión “mortis causa”*. Vol. 1º, obra cit., pp. 313 y 314.

⁷⁰ STS, Sala 1ª, de 24-11-1960 parte de que “... el Comisario nombrado por el testador representa tan sólo al “de cuius», no al heredero, que es el que puede transformar en su ejecución la cuota viudal, o en su defecto, la Autoridad judicial”. STS de 19-09-1863, 31-03-1876 y 13-06-1924. RDGRN de 11-03-1929.

⁷¹ El Fuero Real (1254-1255 ó 1293) contiene en la ley VIª, del Título V, del Libro III la primera regulación positiva del poder testatorio en Castilla, norma que de ser un modelo “proforma” a ser copiado por los fueros de las Villas a fundar, pasó a ser norma supletoria de primer grado por el Ordenamiento de Alcalá de 1348 que extendió su ámbito territorial. Hay consenso en que el Fuero Real fue copiado en Bizkaia, al menos en su “Tierra Llana”, desde el Fuero Viejo de 1452, Capítulo CXXVII, que lo denomina “del testamento fecho por poder”. Lo mismo que el Fuero Nuevo de 1526, ley III del Título XXI “De los Comissarios, y como pueden elegir heredero”, que regirá hasta 1959, afirme “Por ende, que establecian, que el tal poder, y comission valiesse; con que los Comissarios, puedan hacer la eleccion”. Y la Compilación de 1959, Capítulo 2º, del Título III, Libro I también lo denomina “Del testamento por comisario”, si bien los art. 19 y 20 dejan a las claras que se trata de un “poder testatorio”. La Ley 3/1992, art. 32 y ss., lo regulan en la sección 3ª “Del poder testatorio y del testamento por comisario”, del Capítulo III, del Título I, del Libro. Sus preceptos hablan de “apoderado” en la E.d.M., “poder testatorio” (art. 35), “comitente” (art. 37).

⁷² CELAYA IBARRA, Adrián. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 736: “el otorgado por una persona (comisario) a nombre de otra ya fallecida, en virtud del poder que ésta le confirió”. En el mismo sentido en Derecho Civil Vasco. Universidad de Deusto, Bilbao, 1993. ISBN 84-7485-295-4, pp. 125 y en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 165.

seguidores, como luego veremos. Asimismo la Jurisprudencia, a modo de ejemplo la SAP de Bizkaia, sec. 5^a, 02-05-2018⁷³. Es generalmente rechazado en el Derecho interregional español comparado, con la excepción de LATORRE⁷⁴ que lo defiende para la fiducia aragonesa, aunque la naturaleza de la representación es rechazada expresamente por el art. 407.1 CDCFAragón⁷⁵. Y para la legislación de Galicia PÉREZ ÁLVAREZ⁷⁶.

⁷³ Cita al efecto la E.d.M. de la LDCV: “El testamento por comisario que supone una excepción al principio general del C^o Civil del testamento como acto personalísimo (art. 669 y art. 670) supone cronológicamente dos momentos diferentes: El primero determinado por la realización del testamento por el comitente, en vida de éste, momento en el que éste designa el comisario o los criterios para su determinación, junto con las disposiciones para su actuación como comisario. Este primer momento exige el otorgamiento de testamento ante notario. El segundo, precisado en uno o varios actos y que puede prolongarse a lo largo del tiempo, supone la utilización del poder testatorio por el comisario, que en uno o varios actos, como luego veremos, dispone de todo o parte de los bienes a favor de los sucesores del comitente que pasan a ser, tras este acto, los sucesores efectivos del comitente, sin perjuicio de la posibilidad de revocar este acto de ejercicio del poder testatorio en los casos en que la ley lo permite...”.

⁷⁴ LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. “Título IV de la fiducia sucesoria”. En José Luis Merino Hernández (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones aragónés*. SONLIBROS, Zaragoza, 2006. ISBN 9788493472214, pp. 385. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1^o. EDERSA, Madrid, 1987. ISBN 84-7130-553-4-84-7130-216-0, pp. 298 apoya la adscripción a la figura del arbitrador.

⁷⁵ “El testamento es acto personalísimo, no susceptible de ser hecho por medio de representante, si bien las personas capaces de testar pueden encomendar a fiduciarios que, tras su muerte, ordenen su sucesión”. Quizás es una reacción a la Jurisprudencia y así el ATSJ de Aragón (Presidencia) de 19-11-1997 “La fiducia sucesoria desde sus orígenes se asienta en la confianza y viene a representar una forma de poder «mortis causa» otorgado al fiduciario o fiduciarios para que aquél o éstos cumplan fielmente la voluntad sucesoria del fiduciante”.

⁷⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2013. ISBN 978-84-92884-51-3, pp. 28.

Como ventajas señala ALEGRE ALONSO⁷⁷, aparte de su apoyo histórico, que con esta teoría se salva el problema que encontrábamos en la teoría del mandato, que es contrato bilateral. La representación se origina por una declaración unilateral del poderdante, sin necesidad de aceptación por el representante ni obligaciones que surjan directamente del poder para él.

La Doctrina encuentra como fallos, que no hay sujeto representado, no pueden ser representados los herederos, dado que son indeterminados a la hora de constituirse el encargo, ni se puede representar al causante ya fallecido cuyos derechos se extinguen por su muerte (art. 32 CC), razón por la que la mayor parte de la Doctrina se opone a la teoría del poder testatorio, y, así, p.ej., MARTÍNEZ-CORTÉS, PARRA LUCÁN y ASÚA⁷⁸.

Volveremos después sobre esta cuestión al pronunciarnos sobre la naturaleza de la sucesión por comisario en la LDCV.

3. Sistemas fundados sobre la idea que la delegación es unja carga que se impone a un sucesor más o menos pleno de retransmitir todo o parte de la herencia a terceros

Son aquellas tesis para las que el delegado es un intermediario que adquiere derechos más o menos plenos sobre los bienes hereditarios con la obligación de retransmitirlos según instrucciones del causante, más o menos reservadas y ahí radica la fiducia. Ello incluiría al heredero distribuidor de Mallorca, Menorca y al heredero de confianza de Cataluña y Navarra.

⁷⁷ ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 85.

⁷⁸ MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 20. PARRA LUCÁN, M^a Ángeles. “La fiducia sucesoria”. En Jesús Delgado Echeverría (dir.) y M^a Ángeles Parra Lucán (coord.). *Manual de Derecho civil aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN 978-84-92606-22-1, pp. 587. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 52.

3.1. *El heredero distribuidor en Mallorca y Menorca.* Como recuerda MERINO HERNÁNDEZ⁷⁹ el llamado “heredero distribuidor” es un verdadero heredero, que adquiere la titularidad de los bienes del comitente, trayendo causa directa de él, pero con la limitación de asignarlos y distribuirlos entre determinadas personas. VERGER GARAU⁸⁰, así como CARDONA/LLODRÁ⁸¹ entienden que estamos en presencia de un fiduciario (cfr. art. 23 CDCBalears), no en sentido del fiduciario aragonés, sino el fiduciario del trinomio, causante, fiduciario y fideicomisario (cfr. art. 25 CDCBalears y art. 781 CC) por cuanto que (art. 18 CDCBalears) “se produce un llamamiento múltiple y sucesivo a la herencia, a favor del heredero distribuidor, en primer lugar, y a favor de los parientes, en segundo lugar, aunque sea éste un llamamiento abstracto y genérico”. Igualmente indica CARBALLO FIDALGO⁸² que “Nos encontramos en estos supuestos ante figuras híbridas, en las que concurre la doble cualidad de sucesor y confidenciario, elector por este segundo título de las personas que resultarán, al cabo, herederos sucesivos y definitivos del causante de la sucesión, y distribuidor entre ellas de los bienes sobre los que su propio derecho recae”.

⁷⁹ MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994. ISBN 84-8040-003-X, pp. 87.

⁸⁰ VERGER GARAU, Juan. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, vol. 1°. EDERSA, Madrid, 1980. ISBN 84-7130-320-5, pp. 389.

⁸¹ CARDONA GUASCH, Olga Patricia y LLODRÁ GRIMALT, Francesca. “Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear”. En M^a Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128, pp. 866.

⁸² CARBALLO FIDALGO, Marta. “La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego”, obra cit., pp. 4.

Concluyó MERINO HERNÁNDEZ⁸³ que algo similar cabe decir del “usufructo poderoso” de la Tierra de Ayala. No sólo tiene analogías con esta institución, sino asimismo con el “alkar poderoso” o encargo al comisario-viudo sujeto al Derecho Civil Vasco. Efectivamente, si ponemos el centro de gravedad o interés prioritario en el del viudo y no en el fenómeno sucesorio, en tal caso, según opinión de GIMENO⁸⁴, existe en el aspecto interno una relación de apoderamiento entre comitente y fiduciario; y en el externo una situación jurídica de titularidad interina con facultad de disposición.

Las ventajas de esta tesis son varias: Desde la sencillez del marco conceptual que lleva a una aplicación supletoria de los modos o cargas impuestos al heredero o legatario, con los dos llamamientos y derechos respectivos que corresponden al sucesor gravado y al destinatario final: Voluntariedad, aceptación, repudiación, con consiguientes llamamientos que evitan el abintestato, soluciona el régimen de administración y disposición interina de la herencia, en la medida en que se aproxima a la sustitución fideicomisaria procede en dichos territorios autonómicos la imposición de garantías y cautelas al sucesor *sub modo*. Como desventajas sería la purificación del llamamiento a favor del heredero distribuidor por inexistencia de terceros ulteriores sucesores, es decir, el heredero distribuidor tiene un interés y derecho propio en la herencia. Y también es inconveniente el tratamiento tributario que pueda tener esta doble transmisión *mortis causa* cuando la primera, en principio, es meramente instrumental de la segunda.

Avanzamos nuestra opinión contraria a la anterior y que desarrollaremos al tratar de esta figura del heredero distribuidor en la parte de

⁸³ MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 87.

⁸⁴ GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 139 y 140.

esta obra destinada al estudio del Derecho civil interregional español comparado. Entendemos que el comisario no tiene un derecho subjetivo propio como tal, sino una adición de un usufructo instrumental, como medio de vida y de garantía de la libertad del comisario viudo y mejor administración en ese interés propio de usufructuario, a un poder testatorio, que es el instrumento de ordenación, lo que se deduce de su propia denominación “poderoso”. Este usufructo es intransmisible (cfr. art. 36.1 LDCV vs. art. 480 CC), luego no es un derecho autónomo, como igualmente lo aclara el art. 41.3 y la D.T.4^a. LDCV, en el sentido que no se extingue por el uso del poder, o sea, no es un transmisorio o intermediario en la transmisión de la sucesión, no retransmite nada.

3.2. *El heredero de confianza en Cataluña y Navarra*. Entiendo más precisa el análisis de la Doctrina sobre Navarra, que lo define como una situación de titularidad jurídica interina que atribuye al heredero de confianza el carácter de heredero formal entre la muerte del causante y la revelación por el mismo del encargo confiado⁸⁵ con una correspondiente inexigibilidad por los sucesores presuntos⁸⁶.

⁸⁵ NANCLARES VALLE, Javier. “Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”. En *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 888; HUALDE MANSO, Teresa. “Título XII. De los herederos de confianza”. En Enrique Rubio (dir.) y M^a Luisa Arcos (coord.). *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 930.; CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVII, vol. 2^o, obra cit., pp. 661.

⁸⁶ Para HUALDE MANSO, Teresa. “Título XII. De los herederos de confianza”. En *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil de Navarra*, obra cit., pp. 907 y CÁMARA LAPUENTE. *La fiducia secreta*, obra cit., pp. 1355 a 1366, la expresión de la ley 293.4 CDCFN Navarra “Salvo disposición en contrario, cuando de la constitución de la fiducia se deriven expectativas de derecho a favor de personas determinadas o que reúnan las condiciones previstas, podrán aquéllas reclamar del fiduciario” no supone que éstas tengan derecho a pedir bienes concretos, sino a que se especifique dentro los expectantes la concreta clase o categoría de beneficiarios. En contra, NANCLARES VALLE, Javier. “Capítulo

Este sistema tiene todas las ventajas explicativas del heredero distributivo y una más: Que cuando el heredero fiduciario revela la confianza, o sin revelarla ejecuta su encargo, cesa como tal heredero, ya no tiene interés propio en la sucesión y en consecuencia se transforma en un albacea universal que ejecutará la última voluntad que sólo a él le reveló el causante. De ahí se deriva un trato fiscal más acorde con una única transmisión por causa de muerte, al menos en Navarra.

No obstante, aclaran ESCOLÁN, ALEGRE ALONSO y CÁMARA LAPUENTE⁸⁷ que pese a notables coincidencias entre la fiducia testamentaria y los negocios fiduciarios, como la base de la confianza, el riesgo para el fiduciante y la potestad de abuso del fiduciario, hay notables diferencias: La indicada falta de titularidad real sobre la herencia, con lo que no es necesario acudir al expediente del desdoblamiento pendiente la ejecución del cargo entre la propiedad formal (el fiduciario) y la material o económica (los sucesores presuntos), la inexigibilidad al fiduciario de la obligación de cumplir su encargo y la falta de beneficio ni para el fiduciante ni para el fiduciario.

22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, ed. 2011, obra cit., pp. 893, para quien el objeto es “que especifique quiénes en concreto van a ser beneficiados por el destino dado a sus bienes por el causante. Una vez hecha esa especificación o determinación, si dichas personas aceptan, podrán exigir a los fiduciarios la entrega de los bienes correspondientes”.

⁸⁷ ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 43. La Fiducia Romana, desde luego, poco o nada tenía que ver con la fiducia sucesoria salvo con el concepto de confianza adherido a la figura, por lo que no ésta no es un antecedente directo de la primera. La fiducia romana tenía dos modalidades: 1.- Fiducia «cum amico», por la que de manera consensuada se cedía a una persona de entera confianza el dominio sobre los bienes, pero con un pacto de devolución en el momento en el que se acordase. 2.- Fiducia «cum creditore», a transmisión se hacía a favor del acreedor como garantía de pago. Si se pagaba, se restituía. En caso contrario podía ser vendida para cobrarse el acreedor. ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 79. CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 544.

Este no es el cauce natural de la sucesión por comisario en la LDCV aunque he defendido⁸⁸ que el comisario, debidamente autorizado por el causante (art. 35 LDCV), ejercitando su poder sucesorio podría instituirse a sí mismo heredero, de modo que el paso del caudal hereditario a su patrimonio fuera meramente instrumental. Así en una primera etapa podría liquidar fácilmente la herencia pues, como heredero, cumpliría las obligaciones del causante (art. 19.2 LDCV) y entregaría posteriormente el remanente líquido, en su día, a los sucesores.

4. Sistemas fundados en los diferentes grados en la formación de la voluntad del testador

Son un grupo de teorías que vienen a decir que no hay sustitución de la voluntad del causante por la del delegado para testar, sino mera precisión de la misma. Señalan ALEGRE ALONSO y CÁMARA LAPUENTE⁸⁹ a IRTI y ASCARELLI como autores de la teoría denominada “negozio d’acerta-

⁸⁸ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. “Sección cuarta de la sucesión por comisario (Artículos 30 a 46)”. En Andrés M^a Urrutia (coord.), *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 77: Como argumentos a favor entiendo que: a) las legítimas “pars valoris” no limitan las facultades de atribución del comisario (arts. 1058 CC y 30 LDCV); b) las limitaciones de los sucesores forzosos en defensa de la legítima (art. 51.3 LDCV); c) es algo contra lo que previene pero no prohíbe el artículo 32.3 LDCV; d) que los derechos reconocidos al viudo (legal o voluntariamente por el causante) no perjudican la legítima (art. 56.2 LDCV); e) y que (art. 35 LDCV) el comisario podrá adjudicarse a sí mismo los bienes que le hubiese atribuido el causante, así como aquellos que le corresponderían en caso de sucesión intestada o a falta de ejercicio del poder testatorio. Bastaría que el comisario asegurara el cobro por los descendientes legitimarios de su valor económico para obviar la preterición de todos (art. 51.2 LDCV y art. 15 LH, por analogía).

⁸⁹ ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 76. CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVII, vol. 2º, obra cit., pp. 389 y 390.

mento” o “negocio de fijación o verificación”, de modo que el causante, mediante la disposición mortis causa, realiza un negocio jurídico válido por el que resolvía su sucesión, remitiendo su concreción a la decisión de un tercero. Lo que haría este tercero sería dotar de “certeza” a la disposición del “de cuius”.

Entiendo que esta teoría es mucho más antigua y nace del mismo problema de hallar vías para evitar la prohibición de delegar en un tercero la ordenación de la sucesión que se daba en el Derecho Romano reestudiado en la Baja Edad Media y la Edad Moderna, cuyo más evidente ejemplo son Las Partidas y Las Leyes de Toro. Autores de la Edad Moderna tales como ACEBEDO, Bartolo; CARPIO, Antonio Gabriel; COVARRUBIAS, Antonio; GÓMEZ, Gregorio; LÓPEZ... Así lo revelan CARRIÓN sobre el “arbitrio boni viri” y NÚÑEZ IGLESIAS⁹⁰ quienes explican la manera de bordear la prohibición de delegar de testar usada en la Edad Moderna, sea la canonista distinción entre la “dispositio” de la “voluntas”, sea la tomista progresión de los grados de atribución.

⁹⁰ SARRIÓN GUALDA, José. “El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales”. *Anuario de historia del derecho español*, ISSN 0304-4319, 2005, n.º 75, pp. 220). NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 180 y ss.: “la voluntad testatoria no puede ser la voluntad de un tercero en el primer impulso, en los actos referidos al fin (el fin es hacer la disposición). Así pues, el testador encomienda siempre un acto dispositivo iniciado, que ha de ser terminado por el tercero: porque aquél quiere la disposición como fin, y ello no puede ser cambiado por éste. El tercero sólo puede intervenir en relación a los medios, o sea, a la forma de la disposición, al sujeto pasivo o al objeto de la misma (...) Además, aunque en la elección interviene la voluntad del tercero en acto de escoger los medios, de modo libres, puede resultar que esa voluntad venga restringida. Y lo vendrá cuando la voluntad de aquél deba de ser la propia de un hombre bueno («arbitrium boni viri»), o cuando se hayan limitado los medios entre los que pueda escoger: para que no sean todos los posibles, o todos los que su consejo pueda sugerirle. En estos dos casos estaremos ante la «electio regulata»...”.

Resumimos a NÚÑEZ IGLESIAS⁹¹ cuando describe el recurso de los canonistas y juristas en general de la Edad Moderna, por un lado el arbitrador: A partir de la contradicción entre las disposiciones del Digesto “nonnunquam” (in alienam voluntatem conferri legatum non potest) y “Senatus” (“legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest) los comentaristas se devanan en una casuística que permita bordear la absoluta prohibición de la entrega de la plena voluntad testamentaria a un tercero. Recurriendo a qué sea la voluntad, se admiten vías indirectas como el “arbitrio boni viri”: nombrar un arbitrador que a partir de la voluntad de ordenar la sucesión expresada por el testador, de a ésta el último impulso, ejecutando lo que en técnica actual y jurídico-administrativa denominaríamos un “acto debido” (“en cuanto que necesariamente «debe» otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable” que sería el deseo del testador, lo que recortaría las posibilidades de elección en términos de personas, objeto y tiempo de ejercicio) que permitiría disposiciones tales como la selección de sepultura; elección entre personas de clases determinadas (p.ej. los pobres), mejora o señalamiento de legados, pero no la institución, pervivencia o sustitución de la institución de heredero. También se admiten vías indirectas cuando menos curiosas por potencialmente fraudulentas, como dejar la decisión de la validez de una institución a lo que haga un tercero o que la *ordinatio* la haga un *nuntius*.

Por el otro lado está la teoría de los grados de voluntad, fundada en las ideas de Santo Tomás de Aquino⁹², pues la voluntad según este au-

⁹¹ NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 187 y ss.

⁹² NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 179 y ss.: “La simple volición: El objeto de este acto es el fin en sí mismo. Aunque es el primer acto, no es un motor inmóvil: en orden a la especificación es causado por el entendimiento y por el apetito sensitivo; y en orden al ejercicio es causado, de manera no enteramente eficaz, por el apetito sensitivo. La fruición: La fruición es el descanso y complacencia en el fin

en tanto que está presente o es poseído. La intención: El objeto, aquí, es el fin en cuanto que ausente. La intención se aplica más al orden apetitivo (intelectual o sensitivo) que al cognoscitivo (también, intelectual o sensitivo). Es el impulso y la dirección al fin a través de los medios. El consejo: El consejo es acto del entendimiento (razón práctica) en orden a la voluntad. Es la deliberación sobre los medios más aptos y la sentencia consiguiente. Hay dos tipos de consejo: uno, absoluto, que valora lo bueno que cada medio tiene de suyo con respecto al fin, y que termina con el consentimiento; y otro, comparativo, que valora la mayor o menor conveniencia de cada medio respecto de los otros, y que termina con la elección. El consentimiento: Este acto es la adhesión a la sentencia dictada por el consejo sobre los medios, de modo absoluto, sobre la bondad que cada uno tiene en sí. La elección: La elección se refiere a los medios; pero, comparativamente, a su mayor o menor utilidad. Es el acto de preferir entre varios medios. La elección es la aceptación del último juicio práctico del entendimiento, en el que termina el consejo cognoscitivo. La elección, dijo Santo Tomás, “substantialiter non est actus rationis, sed voluntatis: perficitur enim electio in motu quodam animae ad bonum quod eligitur. Unde manifeste actus est appetitivae potentiae”. En la elección es donde radica el liberum arbitrium, el “libre albedrío”, que se dijo en castellano. Como señaló Santo Tomás, el libre arbitrio es un principio, es un poder listo para obrar. Es la voluntad (voluntas libera) como potencia operativa en acto de escoger los medios; porque la voluntad, en este punto sólo puede escoger los medios, no el fin. La elección es acto del libre albedrío, es acto de la voluntad escogiendo entre varios medios propuestos, en virtud de un cierto juicio. El libre albedrío elige entre el bien y el mal. Mas la libertad no es el libre albedrío; la libertad es el buen uso del libre albedrío. El imperio: Éste es también acto del entendimiento, para mantener firme la resolución tomada. Presenta a los medios como aplicables y ejecutables. Y el uso activo: Este acto, por fin, es la ejecución o aplicación efectiva del medio elegido e imperado, en orden a la consecución del fin que se intenta. Es la actividad humana en su sentido más propio y pleno; es la verdadera praxis humana. En este acto es donde culmina el acto humano. He aquí el concepto de voluntad y el esquema de los actos que conforman el acto humano, según la concepción de Santo Tomás. Sobre él, romanistas y canonistas fundan la doctrina de lo que puede muy bien llamarse “grados de atribución” de la capacidad de testar, de la facultad de disponer. Su concepción es como sigue. Estos juristas entienden que la voluntad testatoria, tomada como potencia o facultad de disponer, no puede ser sustituida por la voluntad de un tercero, porque el fin debe quedar siempre en la órbita del testador; contrariamente, cuando se trata de la voluntad testatoria en acto de disponer. Y como el acto dispositivo está formado, a su vez, por varios actos, y sólo los primeros se refieren al fin, consideran sustituible la voluntad testatoria cuando esté en acto de aconsejar, de consentir, de elegir, de imperar o de ejecutar. O, dicho de otra manera, que la voluntad testatoria no puede ser la voluntad de un tercero en el primer impulso, en los actos referidos al fin (el

tor es un complejo de actos, referidos, unos, al fin, y otros, a los medios. Los primeros son tres: la simple volición, la fruicción y la intención. Los segundos, cinco: el consejo, el consentimiento, la elección, el imperio y el uso activo. En resumen, a la simple *volición* (*deseo esto, en general*), sigue la *frucción* (*me apetece en concreto*), a la que sucede la *intención* (*hagámoslo*). Determinado el fin (que es la verdadera voluntad), procede ordenar los medios, o sea, el *consejo* (estudio de medios y fines), el *consentimiento* (determinación del medio idóneo anteriormente estudiado), la *elección* (el acto de preferir un medio concreto); el *imperio* presenta los medios como aplicables y ejecutables. El uso activo es la ejecución o aplicación efectiva

fin es hacer la disposición). Así pues, el testador encomienda siempre un acto dispositivo iniciado, que de ser terminado por el tercero: porque aquél quiere la disposición como fin, y ello no puede ser cambiado por éste. El tercero sólo puede intervenir en relación a los medios, o sea, a la forma de la disposición, al sujeto pasivo o al objeto de la misma. Los actos en los que puede intervenir un tercero son, por tanto, los referidos a los medios; pero los juristas no han considerado todos. Sólo han tenido en cuenta el consejo, la elección y el uso activo; y ello, con las precisiones siguientes. Cuando la elección queda en manos del tercero, queda implícitamente, en él también, el consejo. Pero cuando queda en sus manos cualquiera de los otros actos, en principio, sólo queda en él ese acto concreto. Además, aunque en la elección interviene la voluntad del tercero en acto de escoger los medios, de modo libre, puede resultar que esa voluntad venga restringida. Y lo vendrá cuando la voluntad de aquél deba de ser la propia de un hombre bueno (*arbitrium boni viri*), o cuando se hayan limitado los medios entre los que pueda escoger: para que no sean todos los posibles, o todos los que su consejo pueda sugerirle. En estos dos casos estaremos ante la *electio regulata*. De otro lado, la terminología y el orden expositivo no coinciden exactamente con los de los filósofos. Los grados de atribución resultan nombrados y ordenados a voluntas o *arbitrium liberum* (voluntad como potencia en acto de elegir, sin restricciones); *arbitrium boni viri* o, simplemente, *arbitrium* (esa misma voluntas, dentro de los límites de actuación propios del hombre bueno); *electio* (aquella misma voluntas, pero limitada a un número de sujetos pasivos o de objetos); el *consilium* (solo él); y la *executio* (sola ella). A ellos asocian otro: la *declaratio*, que no es sino la publicación del acto dispositivo terminado y listo para ejecutar. Por último, hay que advertir que reservan el término dispositivo para los tres primeros grados de atribución, haciéndolo coincidir con la elección propiamente dicha”.

del medio elegido e imperado, en orden a la consecución del fin que se intenta. Y como el acto dispositivo está formado, a su vez, por varios actos, y sólo los primeros se refieren al fin, consideran sustituible la voluntad testatoria cuando esté en acto de aconsejar, de consentir, de elegir, de imperar o de ejecutar. Es la voluntad (voluntas libera) como potencia operativa en acto de escoger los medios; porque la voluntad, en este punto sólo puede escoger los medios, no el fin. No obstante habría un límite más, consistente en que, si bien en la elección, donde radica el liberum arbitrium o “libre alvedrío”, es un acto de medios, sólo puede delegarse cuando deba de ser la propia de un hombre bueno (“arbitrium boni viri”), o cuando se hayan limitado los medios entre los que pueda escoger: para que no sean todos los posibles, o todos los que su consejo pueda sugerirle. Es por tanto una “electio regulata”, no libre.

4.1. *Teoría del “negocio per relationem”*. Siguiendo a DÍAZ-AMBRONA⁹³ es aquél negocio perfecto pero incompleto, en el que la determinación de su contenido o de algunos de sus elementos esenciales se realiza mediante la remisión a elementos extraños al mismo. La misma autora al hacer la distinción de esta figura con la de la representación da argumentos para tampoco asimilar a aquélla la fiducia sucesoria, a saber: Que en “*negocio per relationem*” se parte de un negocio ya formado, mientras que en la representación se utiliza ésta para hacer nacer o formar un negocio. El representante ocupa el lugar del representado; el tercero, en los negocios jurídicos “*per relationem*”, se comporta como un elemento extraño al negocio sobre el que incide; no sustituye al sujeto ni actúa “*alieno nomine*”.

⁹³ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a Dolores. “El negocio jurídico “*per relationem*” (tesis doctoral). Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54077/1/5322944870.pdf>, pp. 31 y 76.

Apoya esta tesis ALONSO ALEGRE, precisando CÁMARA LAPUENTE⁹⁴, quien participa de la misma opinión, que la fiducia es un caso de negocio jurídico “per relationem” u ordenación sucesoria mediante el reenvío o remisión (“relatio”) sustancial, a la voluntad de otra persona, sin constituir una “relatio” formal (a simples acaecimientos). NANCLARES⁹⁵ asimismo entiende que el fiduciario no sustituye la voluntad del causante, sino que meramente la complementa, su encargo “consiste en tomar decisiones sobre ciertos aspectos de la sucesión del causante que este ha dejado voluntariamente bajo el control del fiduciario-comisario, y es excepcional que se deje a su libre albedrío la elección de los herederos del causante”.

Esta teoría no es nueva, sino que hunde sus raíces en los autores de la Edad Moderna⁹⁶ que admitían encomendar a un tercero el establecimiento de legados (nunca la institución de heredero), ora el *arbitrio boni viris*, que veremos luego (la disposición no se deja a la libre voluntad

⁹⁴ ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 84. CÁMARA LA PUENTE, Sergio. “Título XI. Los fiduciarios-comisarios”. En Enrique Rubio (dir.) y M^a Luisa Arcos (coord.). *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7”, pp. 833 y 834. Así, en obra cit., pp. 871, afirma que aunque la ley 287 CDCFN Navarra hable de situación de “dependencia” cuando debería decir “de pendencia”, posible errata no corregida por la Ley Foral 21/2019, que lo característico en esta situación es que los beneficiarios genéricamente llamados por el causante a su herencia, tienen una suerte de «vocación reforzada», pero todavía no pueden aceptar la herencia, por no estar ciertos de su derecho que tendrá lugar a través de la delación mediante la ejecución por el fiduciario-comisario.

⁹⁵ NANCLARES VALLE, Javier. “Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”. En M^a Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.). *Manual de derecho sucesori*. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128, pp. 915.

⁹⁶ NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 188, 189, 203 y 204: Acursio, Cujacio y Durante.

del tercero, sino a su parecer, conformado a la razón y a la equidad) ora, aquí radica el *negotio per relationem*, si la remisión a la voluntad del tercero que no es considerada más que como condición, es el legado hecho en caso de que Ticio suba o no al Capitolio (*si Titius in Capitolium ascenderit*). Tal legado es válido aunque dependa de Ticio subir o no al Capitolio, y hacer inútil la disposición, pues no es la voluntad de Ticio lo que se considera, sino la el cumplimiento de la condición impuesta por el testador. Así, aunque el legado dejado a la voluntad de un tercero está prohibido por la Ley XXIX, del Título IX, de la Partida 7ª, sí se permite que un tercero determine la eficacia de la atribución: “si el testador fizesse la manda, diziendo assi que mandava a uno mil maravedis, si otro que nombrava señaladamente fizesse alguna cosa ciertamente, entonces será válido el legado”

LACRUZ⁹⁷ critica a esta teoría del negocio *per relationem* que el testamento por comisario no es un negocio incompleto o imperfecto, sino uno que no basta para producir sus efectos, señalar la dirección del fenómeno sucesorio, necesita un elemento integrativo, que forma parte del mismo: para señalar el objeto y el llamado el “de cuius” puede acudir a elementos intrínsecos del propio testamento o a una fuente extraña, estas dos maneras son un *modo* de la institución que la norma prevería y autorizaría al testador.

Hacemos nuestra la crítica de GIMENO⁹⁸ sobre la tesis del *negotio per relationem* en relación al comisario vizcaíno (hoy en día vasco) porque éste tiene cuantas facultades correspondan al testador en orden a la transmisión sucesoria de los bienes, dispone de un patrimonio ajeno y la he-

⁹⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 376.

⁹⁸ GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 136.

rencia se defiere a través del juego de dos voluntades: la del comitente y la del comisario. “Cuando es un tercero el que dispone, no responde a la realidad decir que participa en la formación del testamento del causante. Lo que ocurre es que, autorizado el comisario para disponer, se desplazan los actos de ordenación de la ordenación de la sucesión fuera del acto del causante (VERGER GARAU). Una cosa es realizar actos negociales de la ordenación de la sucesión y otra muy distinta participar en la formación del testamento”. En el mismo sentido se pronuncia ASÚA⁹⁹. Es decir, con razón estos autores, entienden la solución más simple, generalmente la más acertada en la vida, que el testador confiere ciertas facultades para ordenar su sucesión al delegado para testar.

4.2. *El comisario como arbitrador.* ZUBIRI DE SALINAS, CARBALLO FIDALGO, JIMÉNEZ GALLEGO, CERDÁ JIMENO y MEZQUITA DEL CACHO¹⁰⁰ entienden que el fiduciario-comisario es un “arbitrador”. Esta tipificación de la delegación de la testamentificación no es muy diferente

⁹⁹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 131.

¹⁰⁰ ZUBIRI DE SALINAS, Fernando. “Comentario a los arts. 110 a 118 de la Compilación (De la fiducia sucesoria)”. En José Luis Lacruz y Jesús Delegado Echeverría (dir.). *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*. Vol. 3. Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1996. ISBN 94-7753-624-4, pp. 370 a 372, quien cita la SAP de Zaragoza de 07-02-1989. CARBALLO FIDALGO, Marta. “La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego”, obra cit, pp. 6. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos. *Derecho Civil de las Islas Baleares*. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2019. ISBN: 9788417985233, pp. 370. CERDÁ JIMENO, José. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, vol. 2º-A, EDERSA, Madrid, 2000. ISBN 84-7130-321-3, pp. 1384. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. “Libro II de las donaciones y sucesiones. Título I. Principios fundamentales”. En Enrique Rubio (dir.) y M^a Luisa Arcos (coord.). *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 448.

de la anterior. Efectivamente, DIEZ-PICAZO¹⁰¹, al estudiar la figura del arbitrador¹⁰², le sitúa en el marco del negocio “per relationem”, pues afirma que el arbitrio es una remisión negocial y toda remisión es un reenvío a un elemento extraño al negocio. De ahí, agrega, que la actividad del tercero sea aportar un criterio y decidir el punto de vista por las partes. “Arbitrador”, que no hay que confundir como aclara VERGER GARAU¹⁰³ con un “árbitro” porque efectivamente “no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación aún no definida totalmente, en este caso los efectos jurídicos de la intervención de tercero continuarán sometidos al régimen particular que hoy en cada supuesto se establecen”.

Como acabamos de ver, esta teoría tampoco es nueva porque se admitía bajo los tratadistas de la Edad Moderna y en particular bajo las Partidas que admitían en la proposición 2ª otrosí Ley XI del Título III, de

¹⁰¹ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 4.

¹⁰² Ejemplos de arbitrador serían el art. 1598 CC sobre recepción de obras art. 1690 CC sobre reparto de ganancias en sociedad civil, y art. 1447 CC, precio de la compraventa, una de cuyas manifestaciones es el tercer perito dirimente de la saca foral, art. 78.1 LDCV, cfr. SAP de Bizkaia, Sec. 5ª, de 01-02-2006. Y según LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones*, obra cit., pp. 146 y 182, el contador partidor dativo del art. 1057 CC: “un cargo de Derecho privado, que al actuar una incumbencia del testador por nombramiento de éste y bajo dependencia de sus instituciones. se regulará en lo que proceda por las normas del albaceazgo, y subsidiariamente por las del mandato, pero cuyo cometido se resuelve en una arbitración, decidiendo, ante intereses contrapuestos. cuestiones no litigiosas de apreciación. valoración y distribución”.

¹⁰³ VERGER GARAU, Juan. *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, vol. 1º, obra cit., pp. 354.

la Partida 6^{a104} y la Ley I y leyes III¹⁰⁵V y VII¹⁰⁶ del Libro X de la misma partida). Consiste en que la disposición no se deja a la libre voluntad del tercero, sino a su parecer, conformado a la razón y a la equidad. El testador no considera la voluntad del comisario, sino la justicia y la equidad en general, ecos de lo cual encontramos en la redacción del art. 831 CC anterior a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre y aun en parte de la ac-

¹⁰⁴“Otrofi dezimos, que si el fazedor del testamento dixesse a algun escrivano de concejo, ruego, e mandote, que escrivas como establezco por mio heredero a fulano, e que mando tantos maravedis; o tantas cosas, o tanto heredamiento, que sea dado por mi anima, diziendo a que personas lo manda dar, o quanto a cada uno ante siete testigos, e mando te que vayas a alguno me sabio, e en la manera quel ordenare que sea fecho mio testamento, e de partidas mis mandas, que lo escrivas tu assi, porque tengo por bien, que vala como lo el ordenare. Entonce bie valdria lo que assi fuesse fecho, por mandado del testador”.

¹⁰⁵“Que los testamentarios deven cumplir la voluntad del finado, e non segund su albedrio. Si el fazedor del testamento mandasse dar a personas ciertas de lo suyo algunas cosas señaladas, o cierta quantia de maravedies, e todos los otros bienes que óbviese, dexasse en mano de alguno que estableciesse por su testamentario, otorgandole poder, que el segun su albedrio los partiese a los pobres: tal testamentario como este, non puede dar mas a ninguna de aquellas personas ciertas, de quanto el le mando dar señaladamente en su testamento: maguer viesse el que alguno dellos era muy pobre, e seria bien de dar le mas, de aquello que le avia mandado el testador, como quier que puede partir los otros bienes que dexo en su poder el testador, entre las otras personas, que non son señaladas: en lo han menester, assi como lo el toviere por bien”.

¹⁰⁶“Quien puede apremiar a los testamentarios quando son negligentes de cumplir la voluntad del finado: e quien debe entrar en su lugar para cumplirla. Apremiar pueden los obispos cada uno en su obispado a los testamentarios, que cumplan los testamentos de aquellos que los dexaron en sus manos, si ellos fueren negligentes que lo non quieran cumplir, o que andan maliciosamente en ellos. E demas dezimos que cada uno del pueblo puede esto fazer saber a los obispos porque es obra de piedad. E si los testamentarios no quieren cumpir la manda del difunto, los obispos la pueden fazer cumplir, si quisieren o dar otros buenos albaceas que la cumplan en lugar de aquellos. E esso mismo seria si acaeciesse que alguno en su testamento non dexasse testamentarios que lo cumpliesen, que el obispo en cuyo obispado acaeciesse, debe lo fazer cumplir, si el heredero del muerto non lo quisiesse fazer. E esto deven ellos fazer, para cumplir la voluntad del testador, que es obra de piedad e como cosa espiritual”.

tual Doctrina¹⁰⁷, al que se opone otro por estimables razones, entre otras, la eliminación de la expresión “prudente arbitrio” en el ejercicio de la función del fiduciario¹⁰⁸.

Crítica MARTÍNEZ-CORTÉS¹⁰⁹ la consideración del fiduciario como un arbitrador de un negocio jurídico ajeno porque, aunque en ocasio-

¹⁰⁷ VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 381 y la Doctrina citada por el mismo, requieren cierta equidad en la actuación, lo que antes de la Ley 41/2003 era el “prudente arbitrio” y ahora es bajo la expresión “suficientemente satisfechas”, a decir de ROCA GUILLAMÓN, Juan. “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar: notas al artículo 831 del Código Civil, Ley 41/2003”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 2. Universidad de Murcia, Murcia 2004, ISBN 84-8371-521-X, pp. 4293; ahora es bajo la expresión “suficientemente satisfechas”. También BOLÁS ALFONSO, Juan. “El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI”, obra cit., pp. 86. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II. Bosch, Barcelona, 1994. ISBN 978-84-7676-267-7, pp. 247. Para LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. “El artículo 831 del Código civil”. *Anuario de derecho civil*. Vol. 58, n° 3, 2005. ISSN 0210-301X, pp. 1149: El fiduciario no debe ser obligado a elegir mientras las circunstancias objetivas no le permitan ponderar las cualidades, aptitudes y necesidades de los hijos.

¹⁰⁸ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. “Visión notarial del artículo 831 del Código civil”, obra cit., pp. 375, para quien el límite es la legítima, sin canon de prudencia. GARCÍA RUBIO, M^a Paz. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, obra cit., pp. 95, quien considera que la reforma del art. 831 CC por esta Ley 41/2003 ha eliminado este requisito. También RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II, pp. 1569, entiende que la no impone ninguna restricción por razón del fin, por lo que los efectos de la norma serán todos aquéllos que puedan lograrse con su aplicación. También en contra RUEDA ESTEBAN, José Luis. “Capítulo 4.-Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil”, en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V Sucesiones*. vol. 1°. Consejo General del Notariado y Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2015. ISBN: 978-84-9098-701-8, pp. 1319 para quien se ha sustituido el “prudente arbitrio” como límite a la voluntad del fiduciario por una forma regulada y detallada de ejercicio.

¹⁰⁹ MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 20.

nes el causante dispone su sucesión de forma indeterminada, y encomienda al fiduciario la facultad de elegir entre un grupo de personas quién ha de ser el beneficiario de la sucesión, en otras, el causante habrá determinado entre quiénes tiene que elegirse el beneficiado, luego, esto lo añado yo, en este caso no hay aplicación de la justicia o equidad universales o en abstracto. Se oponen también a esta teoría LATORRE y LACRUZ¹¹⁰ pues le falta el aspecto interno de la condición fiduciaria del elector (en el fondo lo mismo, que la tesis del arbitrador se abstrae de la encomienda concreta, de la función particular, no pública), misma conclusión a la que llega GIMENO¹¹¹, quien entiende esta tesis excesivamente formal y no se adapta al supuesto más frecuente: comisario cónyuge viudo, en el que la actuación de éste no es la de una persona ajena al negocio, como ocurre con el árbitro.

4.2. *Teoría de la voluntad integradora.* El defensor fundamental de esta teoría es LACRUZ¹¹² para quien “El testamento en que se nombra comisario o distribuidor no es un negocio incompleto o imperfecto, sino, más exactamente, uno que no basta para la producción de su efecto –señalar la dirección del fenómeno sucesorio y necesita de un elemento integrativo”. También PUIG FERRIOL¹¹³: “el encargo fiduciario

¹¹⁰ LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXXIV, Vol. 1, EDERSA, Madrid, 1987. ISBN 84-7130-553-4-84-7130-216-0, pp. 297. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 711.

¹¹¹ GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit, pp. 138 y 139.

¹¹² LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 711. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 376.

¹¹³ PUIG FERRIOL, Luis. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVIII, vol 1°. EDERSA, Madrid, 1982. ISBN 84-7130-365-5-84-7130-216-0, pp. 254. Y PUIG FERRIOL, Luis. “Capítol XI. Disposicions fiduciaries”. En Luis Puig Ferriol y Encarnación Roca Trías (aut.).

consiste en atribuir al cónyuge sobreviviente la facultad de completar de alguna manera el testamento otorgado por el premuerto en orden a la determinación del heredero o la distribución de la herencia entre las personas preventivamente instituidas por el testador”. Más precisos son DEL POZO/VAQUER/BOSCH¹¹⁴ para quienes “Quien instituye, pues, es el causante; el fiduciario elige o distribuye, pero no instituye, y solo entre los instituidos genéricamente por el causante”. Por su parte, explica ALEGRE ALONSO¹¹⁵ que a diferencia con el “negocio per relationem”, el verdadero negocio sucesorio es el que realiza el comitente, no siendo el fiduciario más que un mero auxiliar, encargado de integrar con su voluntad, la expresada de forma incompleta por aquél. Así lo expresa el art. 424-1.1 CCCataluña: “El testador puede instituir heredero al descendiente que su cónyuge o conviviente en pareja estable superviviente elija entre los hijos comunes y sus descendientes”.

Hoy en día milita a favor de esta tesis la gran mayoría de la Jurisprudencia¹¹⁶ y la Doctrina en Aragón¹¹⁷. Explican que la consecuencia de esta teoría consiste en no haber delación de la herencia hasta el momento en que se produzca la ejecución o extinción de la fiducia.

“Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN 978-84-9876-409-3, pp. 272.

¹¹⁴ DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. Marcial Pons, Madrid, 2017. ISBN 978-84-9123-424-1, pp. 135.

¹¹⁵ ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 83.

¹¹⁶ SAP de Huesca, de 17-03-1999, SAP de Huesca, de 17-02-2001, SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 26-09-2012, SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 11-12-2015 y STSJ de Aragón, de 30-05-2012.

¹¹⁷ ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 66. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 21. PARRA LUCÁN, Mª Ángeles. “La fiducia sucesoria”, en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 598.

También en Derecho civil común la teoría de la voluntad integradora es la defendida por la mayor parte de la Doctrina tanto la más pretérita¹¹⁸ como la más reciente¹¹⁹ que también entiende que es una delación abierta o genérica, pendiente de cerrarse o concretarse gracias a la elección encomendada cuyos efectos se retrotraen a la muerte del causante, los sucesores lo son del causante, incluso aunque se les pague

¹¹⁸ SECO CARO, Enrique. *Partición y mejoras encomendadas al cónyuge*. Bosch, Barcelona, 1960, pp. 66 y 67. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, obra cit., pp. 414: (“Aunque no estimase que esa actuación institucional del viudo fuese la de emitir una vocación hereditaria –«que ya está indudablemente realizada desde el óbito del causante por imperativo de la ley»–, sino la de «concreción cualitativa y cuantitativa de la delación legal, pues, en el caco del artículo 831, entendió esta como una «delación imperfecta»”); ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II. Bosch, Barcelona, 1994. ISBN 978-84-7676-267-7, pp. 233 y 255, que entiende que es una manifestación de la facultad del testador de señalar reglas particionales que concreta el viudo delegado y concreta quiénes sucede, en qué proporción, y en qué cuantía o con qué bienes. ALBALADEJO, “La mejora”, obra cit., pp. 83 y “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”. *Revista de Derecho Privado* de enero-febrero, Editorial Reus, Madrid, 2005, pp. 17.

¹¹⁹ VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*. Dikynson, Madrid, 2005. ISBN: 84-9772-115-2, pp. 49. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. “El artículo 831 del Código civil”. En *Anuario de derecho civil*, vol. 58, n° 3, 2005. ISSN 0210-301X, pp. 1123 y 1127; SAPENA TOMÁS, Joaquín. “Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)”, obra cit., pp. 39; MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Ángel. “El artículo 831 y el “el favor viduitatis”. En *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*. Civitas, 2014 pp. 1002; ROCA GUILLAMÓN, Juan. “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar: notas al artículo 831 del Código Civil, Ley 41/2003”. En José Manuel González Porrás y Fernando P. Méndez (coord.). *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2. Universidad de Murcia, 2004, ISBN 84-8371-521-XT., pp. 4288. RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1378.

con bienes del fiduciario. Lo mismo sucede respecto de la legislación gallega¹²⁰; balear¹²¹ y catalana¹²².

En Derecho Civil Vasco es la teoría defendida por ASÚA¹²³: “El comisario, por tanto, no participa en la formación del negocio ordenador otorgado por el causante. Lo que ocurre es que, autorizándole para disponer, se desplazan actos de ordenación fuera de tal negocio ordenador”.

Volveremos después sobre esta cuestión al pronunciarnos sobre la naturaleza de la sucesión por comisario en la LDCV, pues junto a la tesis del poder, son las mayoritariamente seguidas en la actualidad.

5. Sistemas de dislocación del poder de disposición mortis causa

5.1. Sistema del titular de un poder de disposición mortis causa sobre un patrimonio ajeno. Para ALPAÑES¹²⁴ “Entraña una titularidad de disposición condicionada o limitada a la extensión dada por el difunto que, más propiamente

¹²⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 71: “una vez adquiera eficacia el negocio de ejecución, la voluntad del comisario reflejada en el mismo pasará a ser ley de la sucesión del cónyuge premuerto, resultando especificada la indeterminación que el negocio constitutivo trae consigo”. CARBALLO FIDALGO, Marta. “La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego”, obra cit., pp. 25 y SAP de Pontevedra, sec. 6ª, de 27-07-2017.

¹²¹ VERGER GARAU. *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, vol. 1º, obra cit., pp. 353.

¹²² GETE-ALONSO Y CALERA, Mª Carmen. “Capítulo 19. Disposiciones fiduciarias en el Código Civil y Cataluña”. En Mª Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 763. PUIG FERRIOL, Luis. “Capítol XI. Disposicions fiduciaries”, en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 355-357.

¹²³ ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 131.

¹²⁴ ALPAÑES, Enrique. *La delegación de la facultad de mejorar*, obra cit., pp. 24.

que un derecho subjetivo, concede al viudo una facultad jurídica, un poder jurídico en el sentido a que se refiere CASTRO como «posibilidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica». LACRUZ¹²⁵ la define como aquéllos cuyo titular mediante una declaración de voluntad unilateral recepticia suya, puede hacer nacer, cambiar de contenido o suprimir una relación jurídica entre él y otra persona. Añade como caracteres que no son generalmente transmisibles, sino que están unidos a la posición del titular en la respectiva relación jurídica a la que se refieren, así como que no están sujetos a prescripción, sino a caducidad. Más modernamente CERDÁ GIMENO¹²⁶ entiende que es “una titularidad de disposición, con derecho a influir en la esfera jurídica ajena de un modo semejante al derecho de presentación en los patronatos activos¹²⁷, y cuya titularidad no atribuye provecho económico alguno”. La idea era originariamente de ROCA SASTRE¹²⁸, aun reconociendo que no puede mantenerse una tesis unitaria al efecto.

En general para el Derecho civil común y los autonómicos, defiende esta tesis FERNÁNDEZ DEL POZO¹²⁹. En Derecho común la defienden

¹²⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, vol 3º, obra cit., pp. 91.

¹²⁶ CERDÁ GIMENO, José. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, tomo XXXI, vol. 2º-A, obra cit., pp. 1385.

¹²⁷ Según el diccionario de la RAEL consiste en “Derecho que tradicionalmente han ejercido los reyes o jefes de Estado de presentar a la Santa Sede personas para los cargos episcopales”, esto es, la presentación de uno o más candidatos a la autoridad eclesiástica competente para que ésta los instituya.

¹²⁸ ROCA SASTRE, Ramón María. “Herederó vitalicio sin disposición de la herencia”. En *Estudios sobre sucesiones*. Instituto de España, Madrid, 1981. ISBN 84-8559-14-2, pp. 175. Es reproducción de un artículo suyo publicado en, 1948, XXXII.

¹²⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. “La fiducia sucesoria. Ensayo de construcción dogmática”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 63, nº 583, 1987. ISSN 0210-0444, pp. 1745 y 1746.

GARCÍA RUBIO y RUEDA ESTEBAN¹³⁰. En Galicia BUSTO LAGO¹³¹. Para Mallorca y Menorca, CERDÁ GIMENO¹³². En el País Vasco el defensor parece ser GIMENO¹³³ para quien, como ya hemos dicho, existe en el comisario viudo, en el aspecto interno una relación de apoderamiento entre comitente y fiduciario; y en el externo una situación jurídica de titularidad interina con facultad de disposición.

El atractivo de esta tesis radica en que si el fiduciario está investido de un poder configurativo o de modificación jurídica va ejercer sus facultades en su propio nombre, no en representación del premuerto y, asimismo, van de suyo las características de cargo: personalísimo, intransmisible y sujeto a plazo de caducidad. Además, cuadra bien con las características de un “officium” de Derecho privado, un derecho-de-

¹³⁰ GARCÍA RUBIO, M^a Paz. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, obra cit., pp. 67 y 83. RUEDA ESTEBAN, José Luis. *La facultad de mejora y distribución de la herencia* (tesis doctoral), pp. 397.

¹³¹ BUSTO LAGO, José Manuel. “Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada”. En José Manuel Busto Lago (dir.). *Curso de Derecho Civil de Galicia*. Atelier Libros, Barcelona, 2015. ISBN 978-84-15690-68-9, pp. 398: Al afirmar que “el cónyuge designado comisario únicamente recibe del causante una titularidad de disposición sobre los bienes en los que puede instituir o distribuir”, e invocan la RDGRN 11-03-1929. Pero lo cierto es que ésta dice lo contrario: “la que corresponde a un órgano de disposición, como si el cónyuge premuerto hubiere de decir su última palabra por medio del fiduciario, no un derecho real transmisible a terceras personas; y la expectativa correspondiente a los hijos entre los cuales ha de verificarse la elección, no constituye un derecho real transmisible que les permita comparecer en una escritura pública de compra-venta como vendedores de las fincas que con el tiempo, y mediante la declaración del cónyuge supérstite, les han de pertenecer”. Es decir esta resolución entiende la fiducia como fenómeno representativo.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco-Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio” dentro de *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*. Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9, pp. 139.

ber o función tuitiva que la legislación confía a aquel en quien lo haga el causante.

Esta teoría es criticada por LADARIA CALDENTEY¹³⁴ porque no puede haber un poder de disposición no perteneciente al titular del derecho. La afirmación contraria implica la confusión del poder dispositivo con la legitimación para disponer. Los casos que se citan como de atribución a tercero de la titularidad de disposición no implican la atribución de la propiedad de una cosa o derecho, como ocurre con las titularidades fiduciarias, sino únicamente casos de sustitución en la legitimación. Para este autor serían supuestos de sustitución en interés del sustituido, entendiendo sustitución en un sentido procesalista¹³⁵ como la actividad que alguien desarrolla en nombre propio y en el predominante o concurrente interés propio, pero destinada a desplegar eficacia dentro de la esfera patrimonial ajena. Es el tipo de legitimación indirecta que menos se aleja de la directa cuando se concede en el interés predominante del legitimado,

¹³⁴ LADARIA CALDENTEY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, obra cit., pp. 24 a 85. Cita el usufructo con facultad de disposición o la entonces disposición del marido sobre los bienes gananciales, en parte de la esposa. Otros casos de sustitución que cita: 1.- El del usufructuario, que, si tuviese dada o diere la fianza correspondiente, puede “reclamar por sí los créditos vencidos que forman parte del usufructo” (art. 507 CC). 2.- El del acreedor pignoraticio, que puede “ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada, para reclamarla o defenderla contra tercero” (art. 1869 CC). 3.- El de la acción subrogatoria (art. 1111 CC). 4.- El del gestor en la comunidad en mano común. 5.- Es también un caso de sustitución la legitimación del cotitular solidario en que cada acreedor o deudor puede reclamar o está obligado respectivamente a pagar la totalidad de la prestación (art. 1137 CC).

¹³⁵ Hoy en día podríamos citar el art. 6.1, ap. 2º, 2º, 7º y 8º LEC: El concebido y no nacido, masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular; grupos de consumidores o usuarios. 7. Por las entidades sin personalidad a que se refiere el número 7.º del apartado 1 y el apartado 2 del artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros.

pero no supone siempre, como veremos, la exclusión de la legitimación del titular de la esfera jurídica sobre la que recae el acto”.

Entiendo totalmente válida la crítica de ALONSO ALEGRE¹³⁶ para quien le surgen dos interrogantes al analizar esta tesis. Primero: si el dominio se ha desglosado, teniendo el poder de disposición el fiduciario ¿quién es el titular del resto de las facultades características del dominio? Segundo: si el fiduciario tiene la titularidad de disposición, ¿por qué no puede transmitirla como titular que es? En este último sentido, la RDGRN de 11-03-1929: “la que corresponde a un órgano de disposición, como si el cónyuge premuerto hubiere de decir su última palabra por medio del fiduciario, no un derecho real transmisible a terceras personas; y la expectativa correspondiente a los hijos entre los cuales ha de verificarse la elección, no constituye un derecho real transmisible que les permita comparecer en una escritura pública de compra-venta como vendedores de las fincas que con el tiempo, y mediante la declaración del cónyuge supérstite, les han de pertenecer”.

Además, la tesis es artificiosa porque pretende sustituir la concesión de facultades propia del poderdante al apoderado sobre el caudal relicto del primero por una escisión o segregación de un patrimonio autónomo descabezado. En consecuencia esta tesis no explicaría que pasa con el cargo tras la renuncia o imposibilidad del fiduciario para desempeñar su encargo ¿quién y por qué título queda subrogado en su lugar? Además, tampoco encaja bien con el deber de cumplir un encargo, el “comitere” del comisario, ora libre, ora sujeto a las instrucciones del causante. Y por ello perniciosa, pues lo sitúa más que en el ámbito de la libertad de que goza el *de cuius*, en una mera habilitación legal al comisario para ejercer las facultades tasadas reconocidas por el ordenamiento vigente.

¹³⁶ ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 76.

5.2. *Teoría de la subrogación.* La postula MERINO HERNÁNDEZ¹³⁷ para quien las teorías de la titularidad de disposición sobre bienes ajenos, la del apoderamiento y la teoría de la voluntad integradora tienen razón pero son insuficientes, pues aunque el negocio sucesorio es uno, actuado por dos diferentes voluntades –la del comitente y la del fiduciario–, no hay una voluntad principal, la del causante, auxiliada o integrada por una voluntad subsidiaria, la del fiduciario, sino dos voluntades principales que se suceden en el tiempo y se superponen en lo sustantivo, para conformar entre ambas una sola y única voluntad. El fiduciario estaría investido de unas facultades de ordenar la sucesión no solamente sobre bienes y derechos, sino también por todo un conjunto de relaciones patrimoniales y personales que han de transmitirse a los sucesores. Cree, por ello, que se produce una “subrogación subjetiva” o “subrogación personal”, en virtud de la cual el fiduciario se coloca o se subroga en la posición jurídica del causante para actuar sucesoriamente como si de éste se tratara y cita al efecto la SAT de Zaragoza de 06-04-1954.

ALONSO ALEGRE¹³⁸ objeta que esta teoría no llega a explicar cómo se ve limitado el fiduciario si realmente ocupa la posición jurídica del causante. En realidad, a esta teoría se le pueden formular las mismas objeciones que a la anterior de concesión de un derecho de disposición sobre patrimonio ajeno.

Por mi parte entiendo que esta última tesis es sugestiva en cuanto explicaría el fenómeno de la sucesión por comisario como ir más allá de la mera delegación de la institución de heredero y nombramiento de legatario. Explicaría como se plantean CÁMARA LAPUENTE y NANCLARES¹³⁹ que el fiduciario-comisario de Navarra puede otor-

¹³⁷ MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 89.

¹³⁸ ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 78.

¹³⁹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 842. NANCLARES VALLE, Javier. “Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, ed. 2016, obra cit., pp. 922.

gar cualesquiera disposiciones, incluso de carácter no estrictamente patrimonial, de igual forma que podría haberlas efectuado el causante (leyes 151 y 281 CDCFN Navarra). También encaja con lo que ya dije¹⁴⁰ sobre que en Derecho Civil Vasco, mientras que el heredero (art. 19.2 LDCV) no es el iusromanista continuador de la personalidad del causante, paradójicamente, el comisario es un representante que actúa por cuenta del mismo tras su muerte (art. 33.1 LDCV), ejercitando sus obligaciones, tanto familiares, (alimenticias, art. 38 LDCV; promoción de tutelas y curatelas art. 39 LDCV), como patrimoniales.

También la considero artificiosa porque la término “subrogación” se usa como eufemismo o sustituto del de representación, cuando no hay cuestión terminológica sino que nos llevaría a la sustitución como derecho u obligación propia del causante por el comisario (art. 1203 CC), lo que podría ser admisible para los herederos distributarios y para la herencia de confianza pero no para el comisario que actúa siempre sin interés propio. En consecuencia esta tesis no explicaría que pasa con el cargo tras la renuncia o imposibilidad del fiduciario para desempeñar su encargo ¿quién y por qué título queda subrogado en su lugar? Además, como en el caso del poder de disposición, tampoco encaja bien con el deber de cumplir un encargo, el “comitere” del comisario, ora libre, ora sujeto a las instrucciones del causante. Y por ello pernicioso, pues lo sitúa más que en el ámbito de la libertad de que goza el *de cuius*, en una mera habilitación legal al comisario para ejercer las facultades tasadas reconocidas por el ordenamiento vigente.

5.3. *Teoría de la “sustitución legal”* de LADARIA¹⁴¹. Es una sustitución en interés del sustituido, entendiendo sustitución en un sentido procesalis-

¹⁴⁰ FDEZ. DE BILBAO, Jesús. “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”, en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 70.

¹⁴¹ LADARIA CALDENTEY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, obra cit., pp. 102.

ta como la actividad que alguien desarrolla en nombre propio y en el predominante o concurrente interés propio, pero destinada a desplegar eficacia dentro de la esfera patrimonial ajena. Para dicho autor es el tipo de legitimación indirecta que menos se aleja de la directa cuando se concede en el interés predominante del legitimado, pero no supone siempre la exclusión de la legitimación del titular de la esfera jurídica sobre la que recae el acto. Y como tal identifica los albaceas, los contadores partidores y los síndicos de la quiebra o del concurso, el encargado de distribuir bienes en favor de determinadas personas o categorías de personas (art. 747, 749 y 831 CC), el investido de la facultad de designar heredero que en las legislaciones forales siempre que éste carezca de facultades de goce¹⁴².

El atractivo de esta teoría es que ralla con la “representación orgánica”, que presenta muchos caracteres similares con la sucesión por comisario de la LDCV, pues como dice Díez-Picazo¹⁴³, se asemeja a la representación legal pues la persona jurídica (léase tanto el causante como la herencia yacente pendiente el ejercicio del poder testatorio) necesita el representante para actuar, no hay dos legitimaciones simultáneas, lo que basta para situarla fuera del campo de la

¹⁴² Señala como sustituidos los herederos (caso del albacea, del comisario partidor y del administrador judicial de la herencia) o los acreedores; el deudor (caso del síndico, del depositario y del interventor). No lo indica respecto de las delegaciones de ordenar la sucesión pero sólo podría ser el difunto, quien ordenar la sucesión.

¹⁴³ Díez Picazo y Ponce de León, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 70 a 72. Dicha tesis según de la representación orgánica resuelve según este autor la dicotomía de otras dos tesis. La teoría del órgano y la teoría de la representación simple: En la teoría del órgano se concibe a la persona jurídica como un ser con plena capacidad de obrar que actúa por medio de sus miembros u órganos, de tal manera que los actos realizados por dichos órganos dentro del círculo de la competencia de cada uno de ellos valen o se consideran como actos de la persona jurídica de manera que no existe ninguna intermediación. Según la teoría de la representación, la persona jurídica se piensa como un ser incapaz de obrar por sí mismo, que, a semejanza con lo que ocurre con los demás incapaces, necesita valerse de un representante legal.

representación estrictamente voluntaria. Pero se parece a esta última en que la determinación de la persona o personas que han de ostentar esta representación, las facultades del representante y la duración de su representación son obra de la autonomía privada de los interesados, fundadores o miembros de la persona jurídica, no de la ley.

Sin embargo, no encaja bien con que el *alkar poderoso* sí se concede en el propio interés del comisario viudo y, en general, porque, como veremos, la LDCV habla estrictamente de poder para testar, del fenómeno de la representación voluntaria y directa.

III. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISARIO EN LA LDCV

En la actualidad hay dos posturas mayoritarias que se han pronunciado sobre la tipificación de la sucesión por Comisario en la LDCV. Por un lado la, denominémosla así, clásica, patrocinada fundamentalmente por CELAYA, quien propugna que estamos en presencia de un verdadero poder para testar. Por el otro la más reciente, propuesta por ASÚA, quien no obstante reconoce que la actual regulación persevera en el poder testatorio, propugna la sustitución de esta figura por la de lo que se denomina “fiducia sucesoria” o simplemente “fiducia”.

1. La sucesión por comisario como poder para testar

CELAYA¹⁴⁴ definió en 1972 el testamento por comisario como el otorgado por una persona (comisario) a nombre de otra ya fallecida, en virtud del poder que ésta le confirió.

¹⁴⁴ CELAYA IBARRA, Adrián, *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 736.

En consecuencia, el fenómeno de la sucesión por comisario es la ordenada por una persona a nombre de otra ya fallecida en virtud del poder que ésta le confirió y se integra por dos actos¹⁴⁵: 1º.- el poder sucesorio, que es un acto del causante o comitente en el que autoriza a otra persona para disponer de sus bienes tras su muerte (art. 30 LDCV), y 2º.- el acto de atribución sucesoria por cuenta del causante que otorga el comisario designado, haciendo uso del poder (art. 18 y 43 LDCV). Esta definición sigue siendo válida conforme al art. 30 LDCV y de poder testatorio se califica en la E.d.M. de la LDCV¹⁴⁶. Y más todavía, reconoce ASÚA¹⁴⁷ que cuando afirma art. 43.2 LDCV que la ejecución del cargo es una “disposición realizada en nombre” del causante sin duda reafirma la tradicional visión como un poder testatorio.

La Doctrina más vizcaína, práctica del Derecho, alrededor de la AVD/ZEA sostiene esta misma opinión. Así URRUTIA¹⁴⁸ para quien el comisario es un alter ego del causante pues “cuando realiza el testamento o el pacto

¹⁴⁵ CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 162.

¹⁴⁶ E.d.M. de la LDCV: “El testamento por comisario que supone una excepción al principio general del Cº Civil del testamento como acto personalísimo (art. 669 y art. 670) supone cronológicamente dos momentos diferentes: El primero determinado por la realización del testamento por el comitente, en vida de éste, momento en el que éste designa el comisario o los criterios para su determinación, junto con las disposiciones para su actuación como comisario. Este primer momento exige el otorgamiento de testamento ante notario. El segundo, precisado en uno o varios actos y que puede prolongarse a lo largo del tiempo, supone la utilización del poder testatorio por el comisario, que en uno o varios actos, como luego veremos, dispone de todo o parte de los bienes a favor de los sucesores del comitente que pasan a ser, tras este acto, los sucesores efectivos del comitente, sin perjuicio de la posibilidad de revocar este acto de ejercicio del poder testatorio en los casos en que la ley lo permite...”.

¹⁴⁷ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. *Manual de Derecho Civil Vasco*. Obra cit., pp. 362.

¹⁴⁸ URRUTIA BADIOLA, Andrés Mª. “La sucesión mortis causa en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco y los testamentos en particular”. En *El derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, obra cit., pp. 324.

sucesorio del comitente no está solo representando a este, sino ejercitando la voluntad de aquel que en base a esa relación de confianza, otorgó dicha confianza por escrito a través de un encargo o comisión y lo hizo además de una forma más o menos amplia en función de su voluntad y, sobre todo, de su libertad civil y del principio de delegabilidad”. También un servidor¹⁴⁹

Igualmente es la postura de la Jurisprudencia y a modo de ejemplo la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, 02-05-2018 y la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-10-2018 que cita la SAP de Álava, sec. 1ª, de 16-11-2016 para la que tal figura supone “-el más amplio poder (*potere osoa*) para disponer de la herencia del que primero fallezca, *alkar podere osoa*, o en expresión del art. 33 de la recientemente derogada Ley 3/1992, recogiendo una ancestral denominación, *alkar-poderoso*, que no obstante también se ha entendido de forma diversa como la situación del viudo con poder de disponer de la herencia del cónyuge premuerto, que la usufructúa y es representante de la misma”. La SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 07-04-2004 “...usando para ello del poder testatorio, lo que está haciendo es ejercitar la confianza que en ella para distribuir sus bienes le confirió su esposo, como si de él mismo se tratara”.

2. La sucesión por comisario como fiducia sucesoria

En las publicaciones de autores de un sector de la Doctrina en el País Vasco a partir de 1992¹⁵⁰, generalmente docentes de la Universidad del

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. *Manual Práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 166 y FDEZ. DE BILBAO, Jesús. “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”, en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 70.

¹⁵⁰ La introducción del término “fiducia sucesoria” en relación a la normativa vasca se lo debemos a ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. *La designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 17 y ss.

País Vasco, es corriente llamar “*fiducia sucesoria*” a la sucesión por comisario o usar ambas denominaciones indistintamente¹⁵¹.

La crítica al entendimiento de la sucesión por comisario como un poder testatorio que efectúa ASÚA¹⁵² la resume CÁMARA LAPUENTE¹⁵³ en el sentido que hay dos grados cualitativos de intervención de un tercero en la sucesión del causante: aquéllos que rompen con el “*personalismo formal*”, que permiten que un tercero distinto del causante otorgue su testamento o contrato sucesorio, un auténtico representante que actúa con propia voluntad, que son sistemas jurídicos minoritarios. Y otros ordenamientos jurídicos que lo prohíben pero admiten un “*personalismo material*”, de modo que el causante otorga un instrumento en que reenvía a la voluntad de otro la toma de decisiones, como la designación del concreto sucesor, la fijación de porciones, etc. Así, para este grupo de autores, el testamento por comisario contraviene el personalismo formal y supone un arbitrio ilimitado o escasamente mediatizado, mientras que en los demás tipos de fiducia sucesoria el arbitrio del que disponen las personas de confianza existe, pero está mucho más restringido al haber fijado el causante un grupo de per-

¹⁵¹ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Capítulo I del Derecho Foral al Derecho Civil Vasco”, y “Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala”. Ambos en Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia Aizpurua (coord.). *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 40 y 417, respectivamente. GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio. *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, obra cit., pp. 403. ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 139. Aunque ciertamente todos estos autores usan indistintamente la denominación “fiduciario” y “comisario”.

¹⁵² ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Dos temas de reflexión en torno al “testamento por comisario” de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco”. En Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (coord.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, José M^a Bosch editor, Barcelona, 1993. ISBN 84-7698-219-4, pp. 891. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 90 y 135 y *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 365.

¹⁵³ CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 614 y 615.

sonas entre las que elegir o distribuir el haber hereditario. El comisario se subroga en todas la facultades dispositivas y ordenadoras de la sucesión que tenía el causante y le sustituye conformando con su propia voluntad (del comisario) el destino de bienes ajenos (del causante); supone una suerte de “representación *post mortem*” que resulta inadmisibles con los principios personalistas que la mayoría de los ordenamientos sancionan”.

ASÚA también introduce la misma idea bajo lo que denomina “*principio de responsabilidad del causante en la ordenación de su sucesión*” del que no podría abdicar ilimitadamente y, repudiando la concepción de la sucesión por comisario como fenómeno representativo del causante, deduce como consecuencia (que evitaría los críticos a la figura de la delegación de la ordenación de la sucesión) que el testador no puede hacer una dejación absoluta de responsabilidades a favor del comisario en la ordenación de su sucesión y, se le exigiría el mínimo, de “amén del nombramiento del comisario por sí mismo, sería el de la designación del grupo de posibles sucesores”¹⁵⁴.

Tal opinión recibió crítica rotunda de GIMENO¹⁵⁵ como carente de apoyo legal y contraria a la evolución histórica de la figura del comisario. Efectivamente la “*fiducia*” nos retrotrae a una querencia por la prohibición de delegar la voluntad de testar, o, en la duda, reducirla a la menor expresión posible, elección *in incertum de incertis* propia de las Partidas y las Leyes de Toro en Castilla pero que fue superada en la Edad Moderna en Bizkaia.

CELAYA¹⁵⁶ por su parte entiende que el prejuicio base de la teoría de la fiducia, que no se puede representar a un muerto, constituye “*dogmas no hacen*

¹⁵⁴ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Dos temas de reflexión en torno al “testamento por comisario” de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, obra cit., pp. 891.

¹⁵⁵ GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit. 142.

¹⁵⁶ CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 164.

avanzar las Ciencias”, que la solución tiene clara consolidación sin dificultades técnicas en España y, sobre todo, a mi entender el argumento central: “Si cumplimos la voluntad de una persona que no existe cuando se trata de repartir sus bienes, ¿por qué no atenderla cuando dispone que se haga con ellos lo que decida el comisario?”. Es decir, si cumplimos la voluntad a través de terceros, ora los herederos, ora el albacea, ¿por qué no permitir la delegación aunque la representación voluntaria en este caso es una ficción legal, lo mismo que la representación orgánica? En el mismo sentido se postulaba en su día ANGULO¹⁵⁷: “Es incalculable el número y la entidad de los actos a que se aplica que se aplica, para fines realmente útiles, la doctrina de la representación, y no por ello se entiende ni se ha entendido nunca que se abdica de la voluntad propia, que se enajena una de las facultades inherentes a la personalidad. Esta sencilla consideración de sano sentido común, lo demuestra en mi opinión de un modo indudable: si yo doy poder otro para que haga algo por mí, ó posee instrucciones expresas mías, ó tengo el convencimiento de que, conociendo el asunto de que se trate tan bien como yo, ó inspirado por mi mismo criterio, identificado con mi modo de pensar, hará en su gestión cuanto yo haría y en iguales términos y condiciones. ¿Hay aquí enajenación de voluntad? Antes, por el contrario, al conferir el mandato, yo afirmo una vez más mi voluntad propia, puesto que sólo bajo el supuesto de que se ha de obrar como yo obraría lo otorgo y confiero?”. Es más, no es tan ficción legal pues el propio Díez-Picazo¹⁵⁸ señala casos de subsistencia del apoderamiento tras la muerte del poderdante en Derecho común.

¹⁵⁷ ANGULO LAGUNA, Diego. *Derecho privado de Vizcaya*. Hijos de Reus, Madrid, 1903. Edición facsímil en colección Clásicos de Derecho Vasco. AVD/ZEA, 2006. ISBN84-7752-348-7, pp. 191.

¹⁵⁸ Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 293 y 294: La subsistencia de la representación del factor mercantil a pesar de la muerte del mandante, titular del establecimiento o empresa y el art. 1738 CC que dispone que lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del mandante, es válido y surte todos sus efectos respecto de los terceros que hayan contratado con él de buena fe.

3. Balance la situación

Bien miradas las posiciones no son tan diferentes y, casi, casi, es una mera cuestión terminológica que históricamente no tiene mucho fundamento, pues como advierte NÚÑEZ IGLESIAS¹⁵⁹, históricamente “En la designación del comisario, el testador, según advierte Carpio, podía emplear cualquier nombre (divisor, distributor, dispensator, minister, cabezalero, emansisor, testamentario, albacea, ejecutor o comisario) sin que por el solo nombre pudiera saberse el tipo de encargo encomendado. Este encargo sólo se sabría por los concretos poderes otorgados, pues las leyes –dice– «sint impositae rebus, et non verbim”.

Hay práctica unanimidad en la Doctrina y Jurisprudencia¹⁶⁰ actuales en la denominación “fiducia sucesoria” para las diferentes variedades de delegación de la facultad de *ordenación sucesoria* en el Derecho interregional español¹⁶¹ y, a la vez, separarla de las figuras de la *ejecu-*

¹⁵⁹ NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 256.

¹⁶⁰ Así la SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 26-09-2012

¹⁶¹ Aragón. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit, pp. 273 y ss., recopila diferentes sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza y del Tribunal Supremo en el siglo XIX en las que se habla de “testamento por comisario”, “fideicomisarios” o “herederos fiduciarios”. Según ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 58 y MARTÍNEZ CORTÉS, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 37, el testamento por comisario era la designación tradicional de los tratadistas aragoneses. La actual denominación legal, según DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Los proyectos de apéndice del Derecho Civil de Aragón (1880-1925) I. Estudio Preliminar*. Institución «Fernando el Católico» y Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2006. ISBN 84-7820-831-3, pp. 23, 34 y 45) parte del híbrido art. 29 del Apéndice de Derecho Foral de Aragón (“fiduciario comisario”), el Proyecto de Franco (art. 117 a) le llama “delegación”, lo mismo que en el art. 59 del Proyecto de Ripollés de 1899. Y el de Gil Bergés de 1904 habla de “encomendar”. Es la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho civil de Aragón la que (art. 110 y ss.) consagra la denominación “fiducia sucesoria” que parece ser atribuida a LACRUZ (DELGADO ECHEVARRÍA, obra cit, pp. 27). Baleares. En Mallorca y Menorca se habla de “distributivo” o “heredero distributivo” NÚÑEZ IGLESIAS (obra cit., pp. 328) reseña tal denominación en la jurisprudencia del Tribunal

Supremo, anterior a la Compilación de 1961. En Ibiza y Formentera CERDÁ GIMENO, José. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, vol. 2º-A, obra cit., pp. 1402; y MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 62, rastrean en los protocolos notariales la expresión tradicional “delegación sucesoria” frente a los catalanistas, que quieren ver en “fiducia sucesoria”. CARDONA/LLODRÁ, “Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 842, transcriben escrituras sobre poderes y ratificación y añaden que la Compilación de 1961 fue fiel a dicha práctica, calificándola “delegación de facultades” o “cláusula de confianza”. Concluye JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos. *Derecho Civil de las Islas Baleares*, obra cit., pp. 369, que la reforma de 1990 modificó esta regulación, extrayéndola de la ubicación sistemática dentro de la regulación de la sucesión testamentaria, eliminando la expresión “cláusula de confianza”, e introduciendo la expresión “ordenar la sucesión”. Cataluña. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 135, constata que en los siglos XVI y XVII en la zona de Pallars Sobirà, el Pirineo catalán y Andorra la costumbre de confiar a la esposa y a otros parientes la última disposición, a los que ROCA SASTRE y otros denomina respectivamente “cláusula de confianza” para el caso de que el elector sea la esposa, y la de “heredamiento por fiduciario, cuando el elector es un pariente. Además se constata un segundo encargo consistente en atribuir a un tercero la declaración y la ejecución de la última voluntad que se le ha comunicado confidencialmente, un depositario de la herencia, sin beneficio sobre la misma que por los autores modernos el nombre de herencia de confianza. Según POZO (del) CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, obra cit. pp. 135, la regulación vigente procede del Proyecto de compilación de 1955 cuyo principal redactor fue Ramón María Roca Sastre Registrador de la Propiedad en Pallars Sobirà, en cuya capital, Sort, estuvo destinado. Pero la figura no tenía denominación alguna. Fue PUIG FERRIOL, el autor de la denominación “institución de heredero por fiduciario” como el mismo reconoce en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVIII, Vol 1º. EDERSA, Madrid, 1982. ISBN 84-7130-365-5-84-7130-216-0., pp. 254 y 274). Galicia. CORA GUERRERO, Juan Manuel y GIL CABALLERO, María José. “Del testamento por comisario”. En *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, obra cit., pp. 143, afirman que la sucesión por comisario no tiene precedentes en el Derecho Gallego, y hoy en día lo regula como “Del testamento por comisario”. Navarra: NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 273, reconoce la ausencia de la figura en la Novísima Recopilación de de 1716, por más que “se pretende su aprobación en la ley 16, del título XIII, libro III”. Y añade “No obstante, García-Granero ha indicado la existencia de varios documentos de la segunda mitad del siglo XVI, en el protocolo notarial de Puente la Reina, conteniendo

ción sucesoria (albaceas, administradores de la herencia, contadores partidores...). A partir de ahí surge la discrepancia sobre la naturaleza jurídica del encargo, entendida como su encuadramiento o tipificación dentro de ciertas otras figuras legales, que es el debate a que se reduce la cuestión de la naturaleza jurídica, generalmente tratando de eludir el principio *mandatum mortedissolvitur* (el mandato se extingue por la muerte) que aparece formulado como un clásico en Derecho Romano¹⁶².

La propia ASÚA reconoce¹⁶³ la poca trascendencia real de la disquisición sobre si hay poder testatorio o mera legitimación indirecta del fiduciario para ejercer en nombre propio facultades dispositivas por causa de muerte sobre el patrimonio del causante: “Bien mirado, y desde el punto de vista del funcionamiento material y del logro de la finalidad perseguida con la institución denominada «testamento por comisario», no es una cuestión en absoluto trascendental la determinación de si efectivamente existe o no testamentificación por otro; y ello es así porque no se pone en tela de juicio la esencia de la institución: la posibilidad de encomendar

podere testatorios (...) El apoderamiento se hace entre cónyuges, y para elegir heredero universal y distribuir los bienes entre los hijos del matrimonio, con plena libertad de elección, o señalando las normas a las que debería sujetarse para efectuar la designación”. Es en la Compilación de 1973, ley 151 donde aparece por primera vez la denominación “fiduciario-comisario”. Derecho Civil Común: La figura más próxima es el art. 831 CC que carece de tipificación alguna en cuanto a la figura. Observan FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. “La reforma del derecho de sucesiones por la Ley 41/2003”. En *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, Año V –Extraordinario nº 4– Bilbao, junio de 2007. ISSN: 1888-0525, pp. 24; y RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1584, que el art. 831 CC no emplea las palabras comisario o fiducia sucesoria, como ha sido tradicional en Derecho foral, el testamento por comisario o fiducia sucesoria, ni le da ningún nombre especial a la nueva institución.

¹⁶² SÁNCHEZ COLLADO, María Elena. “La exclusión del principio *mandatum morte dissolvitur* en el derecho romano y en la tradición jurídica española”. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº 39. ISSN 0716-5455. Valparaíso agosto 2017, pp. 142.

¹⁶³ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. *Designación de sucesor a favor de tercero*, obra cit., pp. 51 y ss.

por parte del causante a otra persona que tras su muerte ordene su sucesión. Se trata, sin embargo, de pronunciarse respecto a un tema de dogmática jurídica, determinando, desde tal perspectiva, si es admisible hablar no ya sólo de otorgar el testamento de otro, sino de otorgar el testamento de un muerto –de actuar, en definitiva, en su nombre–”.

Por otra parte, como afirma LACRUZ¹⁶⁴, la representación no es un concepto definido por la ley, sino una construcción doctrinal en función de la utilidad que pueda reportar a la práctica y a la formación del sistema un concepto más amplio y general o más estricto y exigente. Y ciertamente, el poder tampoco se ajusta perfectamente al fenómeno jurídico de la sucesión por comisario, señalando como diferencias más importantes la inexistencia de responsabilidad del apoderado frente al poderdante, la imposibilidad de revocación durante su ejercicio; y que no hay simultaneidad de legitimación en el ejercicio de las facultades que asume el representante.

Estamos de acuerdo con ASÚA, sobre todo si asumimos a las fuentes originarias donde bebe este sector de la Doctrina, que es el citado LACRUZ BERDEJO para quien el fenómeno representativo, incluido el poder, funciona mediante una integración de voluntades entre representado y representante. Efectivamente, este autor¹⁶⁵ acoge la siguiente definición de Díez-Picazo¹⁶⁶ sobre la representación: “aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos en relación con terceras personas”. Es decir, acogerá no sólo la representación directa, sino también la indirecta, pero, lo más importante,

¹⁶⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, vol 3º, obra cit., pp. 295.

¹⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, vol 3º, obra cit., pp. 299 y ss.

¹⁶⁶ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 64.

entiende la representación en los negocios jurídicos conforme a la “teoría la cooperación funcional o cualitativa” de PUGLIATTI, para quien en el negocio representativo concurren la voluntad de representante y representado en función diversa por naturaleza y por cualidad: el representado emite el acto de decisión (comprar, arrendar), su manifestación volitiva constituye el elemento formal de la voluntad negocial: el representante aporta la voluntad de contenido (objeto, condiciones), y el primero no puede abdicar totalmente del contenido pues, si lo hiciere quedaría violado el principio fundamental de la autonomía privada, y preterida la idea del negocio jurídico como medio o mecanismo para la autorregulación de intereses: el único que puede autorregular sus intereses es el propio interesado (representado), sea expresando su voluntad previamente, a través del poder, sea a posteriori, mediante la ratificación.

Como se ve es el mismo mecanismo que este autor, LACRUZ¹⁶⁷, defiende para la fiducia: “El testamento en que se nombra comisario o distribuidor no es un negocio incompleto o imperfecto, sino, más exactamente, uno que no basta para la producción de su efecto -señalar la dirección del fenómeno sucesorio y necesita de un elemento integrativo”. Y lo que este autor denomina autorregulación es lo que ASÚA y PUGLIATTI llaman “responsabilidad”. Y en suma, este punto de vista no es muy lejano de la distinción entre acto de apoderamiento y ejercicio del poder que efectuó CELAYA.

La actuación del fiduciario sería pues de representación indirecta, la cual al carecer por definición de la “contemplatio domini”, de la declaración de actuar en nombre del representado, para ser eficaz requeriría dos actos (teoría del doble efecto): la contratación por el representante y la retransmisión de los efectos de dicho contrato por el representante

¹⁶⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 711. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 376.

al representado (BADENAS CARPIO¹⁶⁸). Pero ello no tendría lugar en el caso de la fiducia sucesoria, sino que habría una repercusión directa en el patrimonio hereditario del causante de los actos del fiduciario. Y a ello se podría llegar por diferentes y concurrentes vías: Ora porque eso sucede señaladamente cuando se trate de “cosas propias del mandante” (art. 1717 pfo. 2º CC y Díez PICAZO y BADENAS CARPIO¹⁶⁹), lo que sería obvio al ejercer la “fiducia” sobre los bienes inventariados del “de cuius”. Ora porque como señalan JORDANO BAREA¹⁷⁰ y la Jurisprudencia que cita prima la obligación nacida del mandato, sin que se pueda oponer “erga omnes” la titularidad formal del mandatario/fiduciario, por lo que los terceros quedarían siempre vinculados por el encargo, a salvo los adquirentes a título oneroso y de buena fe (cfr. art. 464 CC y 34 LH). Ora porque (DÍEZ-PICAZO y LADARIA CALDENTY¹⁷¹) el contrato de mandato no es de los que valga para adquirir el dominio (art. 609 CC), de modo que puede haber adquisición directa por el mandante desde el principio y que sólo habría que corregir la inexactitud del registro por mor de lo ordenado en el art. 38 LH. En suma, podemos hacer eco de las palabras de LADARIA CALDENTY¹⁷² de que “en el Derecho moderno, el único criterio para diferenciar la representación directa de la mediata es el de la en nombre ajeno en el primer caso, y en nombre segundo, pues no es ya decisivo el de la producción de los efectos en la esfera del representado

¹⁶⁸ BADENAS CARPIO, Juan Manuel. *Apoderamiento y representación voluntaria*. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 1998. ISBN 84-8193-992-7, pp. 257 y ss.

¹⁶⁹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 48. BADENAS CARPIO, Juan Manuel. *Apoderamiento y representación voluntaria*, obra cit., pp. 257.

¹⁷⁰ JORDANO BAREA, Juan Bautista. *Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria*, *Anuario de derecho civil*, vol. 36, nº 4, 1983. ISSN 0210-301X, pp. 1436.

¹⁷¹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 273. LADARIA CALDENTY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, obra cit., pp. 95.

¹⁷² LADARIA CALDENTY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, obra cit., pp. 91.

o en la del representante, pues no es necesaria la “contemplatio domini”, característica de la representación directa, para que dichos efectos recaigan inmediatamente sobre la esfera del representado”.

Concluamos con las palabras de ANGULO¹⁷³, defensor de la teoría de la representación pero que afirma algo que vale para ambas: “En lugar de enajenación en el caso de mandato, ¿no hay una comunicación, una cierta especie de extensión a terceras personas de mi voluntad propia?

¿No amplió la esfera de acción de esa facultad de mi espíritu, puesto que pongo al servicio de sus voliciones nuevos medios de ejecución?”.

IV. VENTAJAS PRÁCTICAS DE LA TIPIFICACIÓN DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO COMO PODER TESTATORIO

Por lo tanto, fiducia o poder, como reconoce ASÚA, llegamos a casi la misma solución. Pero si partimos del prurito doctrinal de no aceptar que la delegación de la facultad de ordenar la sucesión responde al fenómeno jurídico de la representación, no vale luego rellenar la fiducia por analogía con la normativa del poder, pues supone abdicar de tal prurito, ser inconsecuentes. Efectivamente, al final los autores aplican subsidiariamente a la fiducia las reglas del poder, rompiendo el rigorismo doctrinal. Las ventajas de concebir la delegación sucesoria como una función por poder voluntario concedido por el causante al comisario son mayores, a saber:

1. Desde el punto de vista de su naturaleza

1.1. El poder sólo habilita (pero no obliga) al representante, para actuar. Le permite gestionar los asuntos del poderdante (representado), y señala los límites de la actuación autorizada, pero nada más; lo que es perfectamen-

¹⁷³ ANGULO LAGUNA, Diego. *Derecho privado de Vizcaya*, obra cit., pp. 191.

te coherente con su libre aceptación y repudiación (art. 45.5 LDCV), y la amplia gama de facultades concedibles art. 30 y 33 LDCV. La fiducia enlaza con las teorías restrictivas de la facultad de delegar la testamentificación, en reducir la elección del comisario a la ejecución de un encargo confidencial que le obliga al comisario en el *an* y en el *modus*, un sistema reducido de elección *in incertum de certis*, o cierto arbitrio o equidad o una reducción en los plazos, en la imposibilidad del marco jurídico y doctrinal de desbordar estos límites.

1.2. *La innecesiedad de la relación causal*, pues siendo el apoderamiento un acto unilateral, no contractual, concede una autorización para vincular el patrimonio del causante, sea cual sea el negocio subyacente, que no es necesario que exista. Mientras que la fiducia hace referencia a instrucciones reservadas o un cierto canon de justicia o de ausencia de arbitrariedad.

1.3. *De ahí derivaríamos la imposibilidad de fiscalizar la ejecución*: al residir la confianza otorgada en el propio poder, las instrucciones del comitente, si las hubiere, deberán constar necesariamente en el mismo y el comisario será libre en lo que no figure en ellas pero respetamos la voluntad del causante pues será nulo lo decidido por el delegado en lo que de ellas excedan. Asimismo, se evitan las instrucciones secretas o las no secretas pero no formales, aquéllas que se pudiese probar que existiesen, p.ej. testigos, documentos privados, grabaciones, etc. Se garantiza así la eficacia de la institución al no tener la ejecución del comisario otro ámbito de comparación que los citados poderes y no conceptos ambiguos o restrictivos como el arbitrio debido o la equidad.

2. Desde el punto de vista subjetivo

2.1. *Menos problemas de legitimación del causante en los supuestos de conversión, conflictos móviles interregionales e intertemporales*: La conversión de fiducias sucesorias en poderes testatorios es complicada. Particularmente las

otorgadas conforme al art. 831 CC antes de la entrada en vigor de la LDCV y a ejecutar durante la vigencia de la misma. Autores como PIÑOL y PARAMIO¹⁷⁴ y OÑATE¹⁷⁵ optan por la conversión, entienden que la LDCV equipara al fiduciario del art. 831 CC con el comisario de la legislación vasca, a tenor de sus art. 33 y D.T^a. 5^a. No obstante, la RDGRN de 18-12-2019 resolvió lo contrario, que conferida la delegación de la facultad de mejorar del art. 831 CC a sus reglas habrá de atenerse la actuación de la fiduciaria y, en consecuencia, habida cuenta que no está entre sus facultades la de apartar a los legitimarios, ni desheredarlos, ni instituirlos, procede analizar su actuación en el supuesto concreto. No hay, en suma conversión de una figura en la otra. Dicha Resolución tiene su precedente en la SAP de Bizkaia, sec. 4^a, de 07-04-2009 que igualmente afirma que las facultades del delegado son las señaladas por el testamento con remisión expresa al art. 831 CC en el que no cabe una legítima colectiva y apartamiento. Estoy totalmente de acuerdo con estas dos resoluciones citadas por varios motivos: Básicamente a partir porque la D.T^a.5^a de la propia LDCV al conservar la validez de las delegaciones de la facultad de mejorar y sus actos de ejecución que era lo que el art. 13 Ley 3/1992 permitía hacer a los vizcaínos no aforados¹⁷⁶, está negando tal conversión. Además va contra la esencia del poder porque supondría ampliar las facultades otorgadas, no por voluntad del causante, sino por un cambio normativo. La voluntad del causante no

¹⁷⁴ PIÑOL OLAETA, Elixabete y PARAMIO JUNQUERA, Nieves. “Disposiciones adicionales. Disposiciones transitorias. Disposiciones derogatorias y disposición final”. En Andrés M^a Urrutia (dir./coord.). *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2., pp. 231.

¹⁷⁵ OÑATE CUADROS, Francisco Javier en su alegaciones recogidas por la RDGRN de 18-12-2019, «BOE» núm. 63, de 12 de marzo de 2020, pp. 24764.

¹⁷⁶ MANZANO MALAXECHEVARRÍA, Juan Ramón y URRUTIA BADIOLA, Andrés María. “El nuevo artículo 831 del Código civil y su repercusión en Bizkaia”. *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, n^o 2, ISSN: 1888-0525, junio de 2004.

puede ser interpretada por hechos futuros y mucho menos por cambios normativos futuros¹⁷⁷.

Pero para el problema de si es mejor considerar la sucesión por comisario una fiducia o un poder testamentario, cabe decir que es mejor lo segundo, pues, el poder es voluntario, no hay una *representación orgánica* conferida que prefigure las facultades a las cuales el causante no puede sino acogerse, sin más, quedando su libertad reducida a señalar a favor de quién y por cuanto tiempo la ejerce. En dicha hipótesis se podría entender una actualización o ampliación de las facultades orgánicas en virtud del cambio normativo. Como el poder es el que más amplias facultades concede al comisario, y como quien puede lo más puede lo menos, este menos será lo que permitan otras normativas más restrictivas que sobrevenidamente resulten de aplicación. Veremos también en el siguiente párrafo más argumentos a favor. Pero esta solución no funcionará al revés como hemos visto con el régimen intertemporal del art. 831 CC. Es decir, quien haya otorgado una delegación sucesoria más limitada no podrá entender conferida la más extensa del comisario foral vasco (art. 9.8 y D.T.^a. 12^a CC por remisión de la D.T.^a. 1^a LDCV) si adquiriese posteriormente la vecindad civil vasca, entre otros argumentos, porque, en principio, podrá ordenar de nuevo una sucesión por comisario.

Íter más, aunque la Doctrina en general entiende que en dicho supuesto art. 9.8 CC salva su validez, sin perjuicio del ajuste legitimario a la ley que rija dicha sucesión. Sólo parece dudarle PARRA LUCÁN cuando afirma que “*no es seguro que esta conclusión pudiera deducirse de las reglas gene-*

¹⁷⁷ STS, Sala 1^a, de 29-12-1997, la voluntad testamentaria será la existente en el momento de otorgar el testamento, sin que pueda acogerse el argumento de que de haber conocido el testador determinados hechos posteriores al testamento este lo hubiera revocado o modificado (disposición sucesiva a favor de la esposa de un primer heredero con expresión de su nombre y apellidos, cuando después del testamento se produjo el divorcio de ésta y el primer heredero designado). En sentido similar, la SAP de Bizkaia, sec. 5^a, de 01-12-2015.

rales sobre conflictos de leyes, puesto que el art. 9.8 del Código Civil, al no tener presente la institución de la fiducia, sólo se cuida de dejar a salvo las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley personal del momento de su otorgamiento, aunque sea otra la ley que rija la sucesión". Es decir, dicha autora está pensando que la sucesión fiduciaria no es una mera forma testamentaria, en lo que lleva razón. Sin embargo, estoy con la Doctrina mayoritaria por varios motivos: 1º.- Cuando el 9.8 CC (art. 18 LDCV) trata de testamentos y pactos sucesorios se está refiriendo a maneras de suceder, es decir, al título material de suceder, art. 9.8 CC, no al formal (regulado en el art. 11 CC/art. 22 LDCV). 2º.- la D.Tª.1ª LDCV al remitirse en bloque a las D.Tª. 2ª y 12ª produce similar resultado al art. 9.8 CC como acabamos de ver sobre la subsistencia del poder testatorio del poder testatorio. 3º.- Si, como defendemos, nos fijamos en que estamos en presencia de un verdadero poder testatorio válidamente otorgado, lo cual sólo es posible por testamento o pacto sucesorio (art. 31 LDCV), la validez de dichos testamentos o pactos sucesorios ha de apreciarse en el momento de otorgamiento (art. 11 CC), si bien su ejecución deberá ajustarse al régimen legitimario que corresponda consecuencia de, no sólo de la proposición segunda del art. 9.8 CC, sino, si omitiéramos este precepto, de la propia imperatividad de las legítimas que se deriva de su proposición primera. Y en tal caso la solución de dicho precepto es válida aunque ciertamente no estemos en presencia de una mera forma testamentaria (art. 22 LDCV) sino un modo de delación (art. 17.2 LDCV). Asimismo, Por fin, la D.T.2ª. un argumento análogo a la subsistencia del poder testatorio muy similar a lo que acabamos de decir, que los poderes para testar válidos con arreglo a la normativa anterior (cámbiese conflicto intertemporal de normas por conflicto móvil territorial) seguirán siendo lícitos, y producirán su efecto, su revocación o modificación o de sus cláusulas no puede tener lugar con la nueva legislación, ha de optarse por testar con arreglo a la misma.

2.2. *Problema de capacidad del comisario: Si el fiduciario actúa en su propio nombre, precisaría la capacidad precisa para otorgar el acto de ordenación sucesoria en el mismo momento de apertura de la sucesión.* Por la misma razón, cuando el representante no es capaz para el acto para el cual se le apodera, el poder es inútil, pero no nulo ni impugnabile, y desde luego vale para respaldar los actos que realice aquél una vez adquirida la capacidad, lo que es consecuente con el art. 32.1 LDCV que establece que ha de tener la capacidad necesaria para el acto a realizar en el momento en que ejercite el poder sucesorio e incluso con la repesca del art. 44 LDCV. Por el contrario, el art. 440.1 CDF Aragón, paradigma de la fiducia, determina que el fiduciario habrá de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante, lo que determinaría la ineficacia de su llamamiento (art. 462 CDF Aragón) y si es el único la extinción de la fiducia (art. 463 CDF Aragón) pero es consecuente con actuar en su propio nombre.

2.3. *Problema de legitimación del comisario.* Que el apoderado podrá usar todos los instrumentos de ordenación de la sucesión que permita la LDCV como ley personal del causante, a quien representa. Si el fiduciario actúa en su propio nombre sólo podrá usar aquéllos medios que permita su ley personal. Así, GIL RODRÍGUEZ¹⁷⁸, entiende que el *usufructuario poderoso* precisa tener la vecindad civil vasca para usar los instrumentos *mortis causa* ordenadores de la sucesión de ésta (art. 18 LDCV), particularmente los pactos sucesorios.

2.4. *Más problema de legitimación del comisario:* Como el fiduciario testa en su propio nombre una persona jurídica no podrá testar y por tanto otorgar testamento en ejercicio de su cometido. El apoderado, sea persona física o jurídica, al testar por el difunto que podrá usar tanto las formas

¹⁷⁸ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”. En M^a Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128, pp. 993.

entre vivos como mortis causa de ordenar la sucesión (art. 670 y 1259 CC, a “sensu contrario”).

2.5. *Problema de legitimación de los sucesores. El poder testatorio da más libertad al comisario* (cfr. art. 46 LDCV), y por tanto, al causante que el fiduciario. Así, GIL RODRÍGUEZ¹⁷⁹ para quien tal designación de potenciales sucesores es requisito de la validez, no del usufructo como derecho subjetivo, pero sí de la fiducia sucesoria aneja al mismo. Frente a ellos, los que opinamos que el señalamiento es un requisito de ejecución, no de validez.

2.6. *Más problema de legitimación de los sucesores.* Si éste según ASÚA debe tener delimitado el ámbito subjetivo de beneficiarios, se limita a una elección “*in incertum de certis*”, la fiducia cedería en el supuesto, p.ej., de premoriencia o incapacidad de todos los sucesores presuntos, abriéndose el testamento preventivo o la sucesión abintestato. Ello no sucede en el comisario que tendrá en tal caso, sea cuando fallece el causante, sea al tiempo de ejercer el poder, plena libertad (art. 33.3 LDCV).

3. En el ámbito objetivo

3.1. En general, la fiducia es un “mandato especial”, para uno o más negocios determinados (art. 1712 CC), mientras que el poder es un “mandato

¹⁷⁹ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., ed. 2016, obra cit., pp. 984-986: Si faltara esta nominación, expresa o implícita, de posibles sucesores, la constitución del usufructo poderoso devendrá ineficaz, siquiera en la vertiente fiduciaria, debido a que el causante ha renunciado a conducir voluntariamente su tracto sucesorio más allá de conferir el mero disfrute usufructuario. También sucedería lo mismo si la designación de los sucesores hubiera quedado establecida por el causante en tal modo que apareciera vedada para el usufructuario la posibilidad de modular la misma, o ello derivara de las propias circunstancias del llamamiento, al concurrir, por ejemplo, un solo hijo o descendiente del causante; supuestos más propios de ser calificados de sustitución fideicomisaria o de fideicomiso de residuo.

general”, para todos los negocios, toda la ordenación sucesoria del causante (art. 30 y 33.1 LDCV), o dicho de otra manera, el consiguiente carácter cuasi libérrimo del comisario en lo no ordenado por el causante (art. 4, 30 y 46 LDCV y OÑATE¹⁸⁰). Por el contrario, la fiducia es una suerte de *actuación orgánica* admitida por ley que prefigura las facultades a las cuales el causante no puede sino acogerse, sin más, quedando su libertad reducida a señalar a favor de quién y por cuanto tiempo la ejerce.

3.2. *La interpretación de las facultades de la delegación será restrictiva consecuencia de su consideración como un poder, por lo las mismas que han de constar por escrito* (LATORRE¹⁸¹, art. 441 CDF Aragón, art. 31 y 33.1 LDCV)¹⁸², en documento público, con lo que se garantiza tanto la seguridad del tráfico frente a terceros como la libertad del testador.

3.3. *El comisario tendrá libre albedrío dentro de los límites marcados, de modo que no podrá modificar disposiciones irrevocables del causante pero sí tomar decisiones sobre cuestiones no previstas por el comitente.* Efectivamente, conforme al art. 33.1 LDCV, el comisario no podrá modificar “el propio poder sucesorio bajo ningún concepto” expresión distinta del art. 37 Ley 3/1992 (“El comisario no podrá revocar el testamento del comitente, en todo o en parte,

¹⁸⁰ OÑATE CUADROS, Fco. Javier. “Abran paso a la libertad civil (II)”, obra cit., pp. 17.

¹⁸¹ LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 379.

¹⁸² Cfr. art. 1280-5° CC. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 146 y ss. aun admitiendo que la forma pública del negocio de apoderamiento no es “ad solemnitatem”, advierte que casi es lo mismo pues, afirma con toda la lógica que el apoderado no podrá probar de otro modo su condición de tal ante los terceros o ante los funcionarios que por razón de su cargo deban intervenir o ser destinatarios de la acción representativa y podrán desconocerla. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Vol. 2. Bosch, Barcelona, 1977. ISBN 84-7294-103-5, pp. 401: “Sería sumamente difícil en innumerables ocasiones probar la exclusión de determinadas facultades —que no se pensó conceder—, de una declaración que correctamente interpretada las abarcaría todas; cosa que se evita exigiendo la mención particular, con lo que queda fuera de duda y de polémica, que la voluntad se encamina también a ellas in concreto”.

a menos que éste le hubiere autorizado expresamente para ello”) de lo que deduzco¹⁸³, al contrario que ASÚA¹⁸⁴, que el comisario sí puede revocar el testamento del comitente o el testamento preventivo, salvo que éste se lo prohíba. Que la autora se salte la literalidad del precepto sólo se entiende bajo el prisma de que niega que estemos en presencia de un poder testatorio. Efectivamente, el art. 17 Compilación y el art. 37 Ley 3/1992 eran interpretados por CELAYA¹⁸⁵ en el sentido que lo que no puede hacer en ningún caso el comisario es revocar el testamento del comitente en todo o en parte salvo autorización especial del testador le autorice para esta revocación, pues según GIMENO¹⁸⁶ este precepto se limitarse a preservar el contenido de la voluntad del testador, mediante la aplicabilidad del principio general de irrevocabilidad de las disposiciones del causante una vez fallecido éste. Por lo tanto, entiendo que el actual art. 33.1 LDCV formula mejor lo que antes regulaban los art. 35 y 37 Ley 3/1992, sobre la subsidiariedad, la prevalencia de la voluntad del causante y, en su defecto, que el comisario tiene todas las facultades de ordenar la sucesión de aquél. Así, el comisario podrá revocar cualquiera de las disposiciones sucesorias del causante (art. 18), a salvo que éste puede haber otorgado disposiciones en principio irrevocables (testamento mancomunado, pacto sucesorio, donación). Nótese que el testamento preventivo queda igualmente revocado, mejor dicho, no llega a tener efecto, cuando el comisario ejecuta su cometido. Igualmente el poder testatorio otorgado con posterioridad a otro del

¹⁸³ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. “Sección cuarta de la sucesión por comisario (Artículos 30 a 46)”, en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 73.

¹⁸⁴ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 373.

¹⁸⁵ CELAYA IBARRA, Adrián. *El Testamento por Comisario*, obra cit., pp. 780.

¹⁸⁶ GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco-Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit. 165.

causante revoca éste (art. 737 y 739 CC); pero no lo revoca si ha sido otorgado en capitulaciones matrimoniales o escritura pública (art. 31, ap. 2 y 3 y art. 101.1 LDCV) y sin embargo es clara la voluntad del causante de que sea el comisario quien ordene su sucesión, luego el testamento anterior no tiene sentido. En consecuencia las disposiciones testamentarias otorgadas a la vez que el poder testatorio quedarían bajo el canon de irrevocabilidad del art. 33.1 LDCV; también sería irrevocable el nombramiento de albaceas y contadores partidores (art. 36.2 LDCV) y la revocación del testamento preventivo sólo sería válida en la medida en que no suponga llamamientos condicionales (art. 32.3 LDCV).

3.4. *En el ámbito objetivo porque da la respuesta afirmativa a la autoinvestidura/autocontrato lo que permite, dentro de ciertos límites, el art. 35 LDCV.* En una fiducia se daría la autoatribución en estado puro: por mi propia decisión me apropio de un patrimonio ajeno cuyo deber de custodia me corresponde bajo la confianza encomendada que en principio repugna la autoentrada. El apoderado no tiene estos pruritos conceptuales y podrá hacer todo lo que no le esté prohibido como tal.

3.5. No hay duda (art. 30 y 31.1 LDCV) que el comisario puede usar de los tres grandes grupos de facultades de ordenar la sucesión: a) Nombrar herederos; b) imponer sustituciones, condiciones o carga; c) distribuir la herencia y d) señalar y pagar legítimas, mientras que al fiduciario se le niegan las dos primeras. Si el fiduciario sólo puede actuar no vulnerando el *personalismo material* sujetándose a ciertos límites como la elección *in incertum de certis*, es un mero distribuidor (art. 670 CC) dejando a algunos más y a algunos menos, su labor casa mal, al menos por pruritos técnicos, con las facultades de desheredación, declaración de indignidad o remisión de las mismas. No obstante, la figura del apartamiento (art. 48, 58 y 59 LDCV) ciertamente facilita la facultad distributiva del fiduciario.

4. En el ámbito formal

La claridad de los instrumentos para el ejercicio del poder testatorio, tipificados en el ordenamiento jurídico: testamento, donación, pacto sucesorio, etc., en vez de crear nuevos títulos formales consecuencia del irresistible mecanicismo. GIL RODRÍGUEZ¹⁸⁷, es, de entre los partidarios de la fiducia manifiesta con mayor claridad que el fiduciario sólo podrá servirse de su testamento para ejecutar la fiducia en la modalidad *mortis causa*, por razón de “la ineptitud de los pactos y de los capítulos matrimoniales, propiamente dichos, para canalizar la atribución instantánea y unilateral de la que pende la consumación del tracto sucesorio del causante”. En la misma línea, ASÚA¹⁸⁸ parece abierta a admitir dicho negocio pues, en el ejercicio del poder testatorio, defiende la existencia de un acto unilateral inter vivos atípico de transferencia de la propiedad de los bienes a título de sucesión que no sería la donación ni pacto sucesorio y que está en el texto del art. 43.1 LDCV (art. 46 Ley 3/1992). También IMAZ¹⁸⁹, además de por este argumento, porque tal donación más que propiamente un pacto sucesorio bilateral es un acto unilateral que debería plasmarse simplemente en escritura pública e invoca al efecto el art. 170 Ley 3/1992. Es una solución ingeniosa pero oculta que la razón de la bilateralidad está en la vinculación de la voluntad, pero no la del comisario como apunta dicha autora, sino precisamente la del causante, la representación. A la vista de los art. 609 CC, art. 2 LH y 8 RH asusta pensar en títulos traslativos innominados ni en Derecho civil común, ni Foral o Especial, derivada de tal tesis unilateral.

¹⁸⁷ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., ed. 2016, obra cit., pp. 993.

¹⁸⁸ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 376.

¹⁸⁹ IMAZ ZUBIAUR, Leire. *La sucesión paccionada en el Derecho Civil Vasco*. Colegio Notarial de Cataluña. Marcial Pons, Barcelona, 2006. ISBN: 84-9768-355-2, pp. 327 y 328.

5. En la ejecución del encargo

5.1. *La delación de la herencia en el momento del ejercicio del poder testatorio* (art. 17.2 LDCV). Los autores pro fiducia entienden, como explica CARBALLO FIDALGO¹⁹⁰, que en la concepción histórica de la institución, la disposición otorgada por el comisario integra el testamento del muerto, por tanto retrotrae sus efectos a la apertura de su sucesión y es, por tal razón, eficaz e irrevocable desde su otorgamiento. Y como consecuencia de lo mismo, que la fiducia permite como ventaja que el llamamiento tenga lugar al tiempo de ser ejercitada. Pero esto no es así en todas las fiducias. De hecho la norma general es la inversa. Así los efectos de la delación se retrotraen a la fecha de la muerte del causante en Ibiza y Formentera (art. 71 CDCBaleares) para CARDONA/LLODRÁ¹⁹¹, DÍAZ TEJEIRO¹⁹² (art. 244.1º LDCGalicia). También lo entiende para el art. 831 CC la mayoría de la Doctrina¹⁹³.

¹⁹⁰ CARBALLO FIDALGO, Marta. “La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego”, obra cit., pp. 2 y 17. En el mismo sentido de retroacción a la muerte del causante bajo la Ley 3/1992 GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco-Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 182.

¹⁹¹ CARDONA GUASCH, Olga Patricia y LLODRÁ GRIMALT, Francesca. “Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 853.

¹⁹² DÍAZ TEJEIRO, Carlos María. *El sistema legitimario de Galicia* (Tesis doctoral). Recuperado de https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/19567/DiazTeijeiro_CarlosM_TD_2017.pdf, pp. 93 y 142.

¹⁹³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. “El artículo 831 del Código civil”, obra cit., pp. 1139 y 1141. GARCÍA RUBIO, M^a Paz. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, obra cit. pp., 76 y 83. MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Ángel. “El artículo 831 y el “el favor viduitatis”. En Oscar Monje Balmaseda (coord.), Francisco Lledó Yagüe, María Pilar Ferrer Vanrell y José-Ángel Torres Lana (dir.). *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Vol. 1. Civitas, Madrid, 2014. ISBN 978-84-9085-182-1, pp. 1002. ROCA GUILLAMÓN, Juan. “Delegación fiduciaria de la fa-

Además no es exacto acerca del poder testatorio. No lo es históricamente, pues el origen de la prohibición, ínsito a la naturaleza del poder sucesorio, es la Ley 35 de Toro, que estableció la irrevocabilidad de la ordenación efectuada por el comisario, lo cuál, como explica CASTÁN¹⁹⁴ con cita de la STS de 31-03-1876, se debe al principio de que el testador puede mutar su voluntad hasta la muerte no es aplicable a su comisario, a no ser que conste que se le han concedido para que éste use de ellas una y otra vez (la irrevocabilidad del testamento una vez fallecido el testador¹⁹⁵). Y no lo es jurídicamente pues siempre se ha considerado que la delación se producía con la elección por el comisario, momento en que los llamados deberían ser capaces al efecto. Y entre tanto se organiza una administración interina a cargo, generalmente, del propio comisario.

La delación y la adquisición sucesoria: El fundamental es la delación sucesoria en ese momento a favor de los beneficiarios, ex art. 17.2 LDCV a fin que éstos acepten o repudien su llamamiento¹⁹⁶. La consecuencia

cultad de distribuir y mejorar: notas al artículo 831 del Código Civil, Ley 41/2003”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2, obra cit., pp. 4297.

¹⁹⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo V, sucesiones, obra cit., pp. 83.

¹⁹⁵ GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 165.

¹⁹⁶ URRUTIA BADIOLA, Andres M^a, “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 344. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 366. IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja. “Disposiciones Preliminares (Artículos 17-18)”. En Andres M^a Urrutia Badiola (Coord), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.). *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 222. FDEZ. DE BILBAO, Jesús. “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”, en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de*

de tal llamamiento y aceptación no será la posesión civilísima desde el tiempo de la muerte del causante (art. 440 y 989 CC). MARTÍNEZ-CORTÉS¹⁹⁷ entiende que en la sucesión ordenada por el fiduciario los efectos de la sucesión no puede retrotraerse a dicho momento, porque en ese instante no existe vocación sucesoria, por lo que hay que retrotraerlos al momento de la ejecución de la fiducia, solución que es la acogida por el art. 17.2 LDCV al decir que “Si el fallecido otorga poder testatorio, la sucesión, respecto a los bienes a que alcance dicho poder, se abrirá en el momento en que el comisario haga uso del poder, o se extinga el mismo por cualquiera de las causas enumeradas en esta ley”.

Estamos de acuerdo con dicha posición, sustentada para la LDCV por IRIARTE¹⁹⁸, que no por GALICIA¹⁹⁹, quien entiende que sólo se retrasa la delación y mientras tanto hay mera yacencia hereditaria. Parte dicho autor de la comparativa con el “nasciturus” y los llamamientos hereditarios bajo condición suspensiva, pero no es el caso. En mi opinión, tal autor,

Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial, obra cit., pp. 74. Cita la STS, Sala 1ª, de 17-04-1990. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 205, sobre el similar art. 448.1 CDF Aragón: “el legislador ha seguido el criterio defendido por la doctrina aragonesa que también seguían las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 22 de diciembre de 1973 y 13 de abril de 1984 al decir que el momento de la delación de la herencia es aquel en el que ésta se ejecuta”.

¹⁹⁷ MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 208.

¹⁹⁸ IRIARTE DE ÁNGEL, Borja. “Título II. De las sucesiones. Disposiciones preliminares (artículos 17 a 22)”. En *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. AVD/ZEA y Dickinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, obra cit., pp. 45.

¹⁹⁹ GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. “Capítulo XV. Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco”. En Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia Aizpurua (coord.). *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2., pp. 301.

parte de perjuicio de la repudiación del fenómeno de la sucesión por comisario como representativa del causante y amolda a tal percepción la conclusión que tratamos. Es decir, si el fiduciario obra en nombre propio por cuenta del causante, los efectos sucesorios se retrotraen a la muerte de éste porque el testamento que contiene el poder testatorio es un negocio completo y perfecto (LACRUZ²⁰⁰) pendiente sólo de un mero modo de su cumplimiento que el testador autoriza a elegir a un tercero en un limitado abanico esencialmente señalado.

Además, si partimos de que la sucesión por comisario tiene un alcance representativo, es lógico que la adquisición hereditaria tenga lugar con el ejercicio o frustración del poder testatorio, conforme a la literalidad del art. 37.1 LDCV (“Mientras no se defiera la sucesión y la herencia sea aceptada, será representante y administrador del caudal”). Lo que, además, es más coherente con que la herencia está poseída de facto y jurídicamente, pendiente el ejercicio del poder testatorio, sin duda por el *alkar poderoso* como usufructuario que es (art. 41.3 LDCV)²⁰¹. Lo que, en definitiva, constituye una salvaguardia más del sucesor, que será res-

²⁰⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 711.

²⁰¹ Siguiendo a PARRA LUCÁN, M^a Ángeles. “Capítulo 51 Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa”. En M^a Carmen Gete-Alonso y (dir.) y Judith Solé (coor). *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo II, Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 2274; desde el fallecimiento de un cónyuge sobreviviente adquiere la posesión de los bienes afectos al usufructo viudal. Se trata de una posesión civilísima, atribuida por la ley, sin necesidad de aprehensión material por parte del viudo, no obstante lo cual, para hacer efectiva la posesión, el viudo dispone tres cauces: a) frente a los poseedores sin título (precario), la acción de desahucio (juicio verbal, art. 250.1.2^o LEC; b) si los bienes no están poseídos por el tercero a título de dueño o de usufructuario, puede ejercitarse el interdicto de adquirir (aplicando por analogía al viudo el art. 250.1.3^o LEC; c) si hay quien posee a título de dueño, la acción real confesoria en juicio declarativo. En similar sentido, GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 157.

ponsable de las deudas hereditarias (art. 19 y 21 LDCV) pero no de lo ocurrido durante la vigencia del poder, de ahí que el comisario sea un cargo responsable²⁰² y debe rendir cuentas como gestor que es (art. 1724 CC)²⁰³ razón por la que el causante le puede imponer garantías al comisario (art. 37.1 LDCV), y es responsable de tal gestión e incluso puede tener responsabilidad concursal (art. 164.2.4 y 172 Ley Concursal²⁰⁴). No obstante, a propósito del albaceazgo y el art. 907 del C.c., la STS, Sala 1ª, de 07-01-1942 dice que tal precepto no establece “precisamente que los albaceas han de rendir cuentas, sino que deberán dar cuenta de su encargo a los herederos, y la jurisprudencia tiene declarado (Sentencia de 4 de enero de 1911) que dicha obligación queda cumplida con la práctica de las operaciones particionales, que constituyen el medio más adecuado que los albaceas tienen de dar cuenta de su encargo”. El dar cuenta, pues, y como señala LACRUZ, se entiende aquí como simple informe²⁰⁵.

5.2. *La irrevocabilidad de los actos de ejecución propia del poder testatorio grava menos las legítimas*²⁰⁶ que la siempre abierta fiducia en la que se

²⁰² SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 y sec. 3ª, de 01-12-2015 parecen apuntar a que no cabe removerle del cargo por incumplimiento de sus deberes (cfr. art. 910 CC), y la última sí alude a su posible responsabilidad.

²⁰³ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Introducción y parte general*. Vol. 2º, obra cit., pp. 424, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “La representación en el negocio privado”, obra cit., pp. 124. LACRUZ BERDEJO, José Luis. En José Luis Lacruz y otros, *Elementos de Derecho Civil*. I. Parte General del Derecho Civil. Vol 3º. obra cit., pp. 321.

²⁰⁴ MARTÍN OSANTE, Luis Carlos. *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno. La comunicación foral de bienes*. Marcial Pons, Madrid, 1996. ISBN 84-7248-381-9, pp. 367.

²⁰⁵ FDEZ. DE BILBAO, Jesús. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 167 y 188. Cfr. STS, Sala 1ª, de 07-01-1959. LACRUZ BERDEJO, José-Luis. *Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 774.

²⁰⁶ Es obvio cualquier retraso en la designación de sucesor supone un gravamen sobre la legítima difícilmente justificable según GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco-Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la*

puede revocar una y otra vez, pues el fiduciario testa en su propio nombre. El sentido de la LDCV es no dilatar el ejercicio de su función (cfr. art. 32.3 LDCV), sólo justificada por garantizar la congrua existencia del comisario viudo.

6. En cuanto a la extinción

6.1. *En términos generales, la extinción del poder no se presume, y sí su subsistencia*²⁰⁷, lo que es coherente con la “repesca” permitida en el art. 44 “in fine” LDCV, de modo que, pese a la general irrevocabilidad de las disposiciones del comisario, éste podrá reiterarse el llamamiento si la disposición resulta nula o los beneficiarios no quieren o no pueden aceptarla en el plazo de un año desde que conozca de forma fehaciente estos hechos. Si la fiducia es el ejercicio de facultades dispositivas en patrimonio ajeno por ejercicio en nombre propio, el bien reingresado en el caudal relicto del causante tras una frustrada ejecución de la misma no se sabe a ciencia cierta qué destino tendrá, si se reintegra en la masa hereditaria o se abre la sucesión intestada.

6.2. *Pone fin a la discusión de si el poder testatorio otorgado a favor del cónyuge en pacto sucesorio o capitulaciones, aunque se le de carácter irrevocable, es extinguido aun así por la demanda de nulidad, separación o divorcio, pues*

Reforma de 1992, obra cit., pp. 176. ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián. “Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio”, obra cit., pp. 126. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 374, y FDEZ. DE BILBAO, Manual práctico de Derecho Civil Vasco, obra cit., pp. 173.

²⁰⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil I. Introducción y parte general*, obra cit., pp. 392. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, Introducción y parte general, vol. 2, obra cit., pp. 859. Díez-PICAZO. *La representación en el negocio privado*, obra cit., pp. 303. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, vol 3º, obra cit. pp. 321.

permite la aplicación del art. 102.2° CC. Y ello de manera natural, sin acudir a la forzada analogía que hace la Doctrina para aplicárselo al art. 831 CC²⁰⁸.

6.3. La inexistencia de accesoriedad respecto del negocio causal del poder y, por tanto el poder no se extingue a la vez que la relación subyacente²⁰⁹, pues no hay negocio causal, sino pura confianza. Igualmente se excluyen la aplicación de causas de extinción por analogía con otras figuras como el albacea²¹⁰.

²⁰⁸ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO. *Sistema de Derecho Civil. IV Familia y Sucesiones*. Tecnos, Madrid, 1990. ISBN 84-309-1740-3, pp. 463, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, CARMEN, “El artículo 831 del Código civil”, obra cit., pp. 1124; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit. pp. 456; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra citada, pp. 239. MARTÍNEZ SANCHÍZ, JOSÉ-ÁNGEL. “El artículo 831 y el ‘el favor viduitatis’”, en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, vol. 1, obra cit., pp. 979; RUEDA ESTEBAN, JOSÉ LUIS. *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 286 y 287; RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ. *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. ISBN 978-8413-367-47-7. pp. 1609. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. *La mejora*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2003. ISBN 84-95240-82-3, pp. 68 y 69 y ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. “El otorgamiento de la facultad de mejorar”. En *Revista de derecho privado*, n° 89, Mes 1, 2005. ISSN 0034-7922., pp. 7, incluso adelanta los efectos a la pendencia del proceso de nulidad, separación conforme a la revocación de poderes del art. 102 CC.

²⁰⁹ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, vol. 3°, obra cit. pp. 321.

²¹⁰ SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004.

V. LA ESENCIA DEL CARGO DE COMISARIO-VIUDO ES LA MISMA QUE LA DEL COMISARIO ORDINARIO

1. Los primeros intentos de asimilación del cónyuge comisario al usufructo poderoso

Se observa desde el último cuarto del siglo XX una tendencia de ciertos autores a distinguir la figura del comisario básico de la del comisario viudo o *alkar poderoso*.

Comenzó LEZÓN²¹¹ afirmando en 1946 que “En efecto, la población rural de Vizcaya ve en el viudo comisario un usufructuario poderoso, universal, sin limitación facultades, no solamente en cuanto a su extensión, sino también en cuanto a su duración, que suele ser indefinida por prórroga”. De la misma manera, GARCÍA ROYO²¹²: “Es una constante raramente excepcionada en la tierra llana de Vizcaya la que se manifiesta en el viudo como usufructuario poderoso universal, sin limitación de las facultades en extensión ni en duración que suele ser indefinida por expresa prórroga”. El testigo fue recogido y ampliado por CELAYA cuando en 1972²¹³ invierte los términos y convierte el poder testatorio como accesorio del usufructo del viudo “Puede decirse que aquí se plantea el problema crucial de los poderes testatorios. No es sólo una cuestión técnica, sino también sociológica y filosófico-jurídica que exige precisar la naturaleza exacta de la institución. Si el comisario no es sino un delegado para testar, es claro que ha de someterse a la formación de inventario y que de *algún* modo ha de proveerse a la administración de los bienes. Pero si es algo más, porque entendemos que

²¹¹ LEZÓN NOVOA, Manuel Ricardo. *Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 1946, nº 216, pp. 301.

²¹² GARCÍA ROYO, Luis. *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, tomo II. Editorial S. Católica, Vitoria, 1952, pp. 295.

²¹³ CELAYA IBARRA, Adrián. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 776.

ha sido elegido para que disfrute de todos los bienes como usufructuario poderoso, con facultades de disposición, no tendrá que hacer relación de bienes ni rendir cuentas y será, mientras viva, el titular y pleno señor de todo el caudal. Esta parece la solución más acorde con la tradición...”.

Efectivamente, tal fue la opción elegida por el art. 95 del Proyecto de Apéndice de 1900 (“Hecha la adjudicación de bienes cesará la comunicación, no obstante lo cual los padres tendrán en los bienes adjudicados a los hijos el usufructo y la administración, con arreglo al Código civil”), lo cual desbordaba ampliamente el usufructo de la mitad de la herencia tanto el legitimario (art. 43), como el aparejado al testamento mancomunado (art. 22). En idénticos términos el Proyecto de 1928. Sin embargo, el art. 47 de la Compilación de 1959, reduce tal derecho a “Artículo 47. Cuando el matrimonio se disuelva con hijos, la comunicación foral continuará entre el cónyuge viudo, de una parte, y de la otra los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto, hasta la división y adjudicación de los bienes comunicados. Los padres tendrán el usufructo y administración de los bienes adjudicados a sus hijos menores con arreglo al Código Civil”. Es decir, se vuelve al *usufructo adventicio* del Fuero Real y las Partidas y se otorga con carácter meramente transitorio, sujeto al mismo plazo legal que el del ejercicio del poder testatorio, con el carácter asimismo de administrador y representante del patrimonio (art. 48), obviamente como protección de los hijos quienes han de ser alimentado por el comisario cónyuge y padre. En el fondo esta idea del *usufructo adventicio* sigue latente dentro del usufructo vitalicio otorgado al *alkar poderoso*.

No obstante estamos con la crítica posterior de GIMENO²¹⁴ “5. Aún hay otra postura, por dicha razón: la de los que tratan de explicar la

²¹⁴ GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 139.

figura del comisario como la de un usufructuario universal, y el poder testatorio como el acto constitutivo de dicho usufructo. Pero (...) aunque una de las funciones fundamentales del poder testatorio ha sido la de atribuir al cónyuge viudo el usufructo universal (...) es preciso distinguir entre el comisario cónyuge-viudo, como figura considerablemente reforzada que ostenta –cuando nos hallamos ante un poderoso– la titularidad interina de la herencia, integrada por las facultades de administración y representación de la misma y por la cualidad de usufructuario con facultad de disposición (aunque ésta limitada, como veremos) y el comisario extraño, que es un simple delegado para testar”.

Efectivamente, la posición de CELAYA en 1972 es un exceso romanístico apartado del texto, tanto del Fuero de 1506 como de la Compilación, pues la cita exacta de LEZÓN²¹⁵ en que se inspira entonces hace referencia a una mera práctica de concesión accesoria del usufructo (“Vicario y Jado, en sus respectivas obras sobre Derecho privado vizcaíno, señalan como usual y corriente en los contratos de capitulaciones que se celebran en esta provincia la siguiente cláusula de autorización recíproca: «... para que el viudo comisario, mientras no disponga de los bienes, los administre y usufructúe...”»). También JADO y MERINO HERNÁNDEZ²¹⁶

²¹⁵ LEZÓN NOVOA, Manuel Ricardo. *Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero*, obra cit., pp. 301:“(1) Vicario y Jado, en sus respectivas obras sobre Derecho privado vizcaíno, señalan como usual y corriente en los contratos de capitulaciones que se celebran en esta provincia la siguiente cláusula de autorización recíproca: «... para que el viudo comisario, mientras no disponga de los bienes, los administre y usufructúe, reclame y perciba créditos y formalice las escrituras, documentos, cartas de pago y resguardos conducentes; pues para todo lo expresado con lo incidente, dependiente y accesorio se autorizan (los futuros contrayentes) del modo más amplio y eficaz en fuero y derecho, con prorrogación del término foral a voluntad del supérstite, aprobando y ratificando desde luego cuanto a su virtud determinase el comisario o comisaria, cual si por ambos fuese ejecutado de consuno»”.

²¹⁶ JADO (DE) Y VENTADES, Rodrigo. *Derecho Civil de Vizcaya*. Imprenta Casa de Misericordia, Bilbao 1923. Versión facsímil en colección clásicos Derecho Vasco, AVD/ZEA,

demuestran que tradicionalmente en Bizkaia, como dice el primer autor citado “El comisario, bien sea que el testador poderdante haya dejado descendientes, o solo parientes colaterales –y también, aunque no lo dice, cuando los sucesores fuesen ascendientes, ya que existe la misma razón– tiene la más amplia facultad para hacer la institución y nombramiento de heredero o herederos, y como según el Fuero no hay legitimas propiamente dichas podrá elegir podrá elegir a uno de los –sucesores, separando a los demás con la legítima foral, y podrá instituirlos por partes iguales, o dejando a ‘unos más que’ a otros”.

2. La Ley 3/1992 el comisario viudo y el “usufructo poderoso”

De hecho posteriormente CELAYA²¹⁷ acepta la tesis de GIMENO y reconoce que la reforma de la Ley 3/1992 pretendió convertir al comisario-viudo en un usufructo poderoso consagrando la práctica habitual anterior pero sin desnaturalizar el apoderamiento: “El poder testatorio es formalmente una delegación para testar, pero en el fondo se trata de conceder al viudo una situación de privilegio, por la que no solamente hace suya la mitad de los bienes comunicados, sino que administra y usufructúa la otra mitad (...) Esta situación es la que se conoce como usufructo poderoso (...) La interpretación de las leyes del Fuero fue, no obstante, demasiado conceptual en Vizcaya (...) no acertó a desarrollar el usufructo poderoso. La nueva Ley de Derecho foral pretende interpretar más fielmente la costumbre foral (...) Hay que puntualizar que este significado del poder testatorio como usufructo poderoso solamente lo posee cuando el poder se otorga a favor de1 cónyuge”.

2004. ISBN: 84-7752-383-5, pp. 267. MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 35.

²¹⁷ CELAYA IBARRA, Adrián. *Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 127. CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, tomo XXVI, obra cit., pp. 164.

Así es²¹⁸, la posibilidad de usufructuar el caudal hereditario, sólo se concede por ministerio de la ley al viudo bajo la Ley 3/1992 mediando el régimen económico matrimonial de comunicación foral de bienes (art. 105). Fuera de dicho supuesto el usufructo universal sólo recae en el comisario viudo por expresa voluntad del causante (art. 61), lo que asimismo puede tener lugar independientemente de su designación como comisario. Este es, por tanto, el primer intento legalmente reconocido, más allá de la fase de proyecto legislativo, de dar al comisario el usufructo del patrimonio hereditario, con independencia del régimen económico matrimonial, como lo demuestra el hecho de que la D.T.3ª Ley 3/1992²¹⁹ (también la D.Tª.4ª LDCV) concediese al comisario viudo en los poderes sucesorios otorgados antes de la entrada en vigor de la misma (07-11-1992) el usufructo vitalicio, que no se extinguirá por el uso de dicho poder, o sea un usufructo universal, con independencia del régimen económico matrimonial.

3. El comisario viudo y el “usufructo poderoso” bajo la LDCV

3.1. Planteamiento de la cuestión. Dispone el art. 41.3 LDCV “El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario es, salvo disposición en contrario del testador, el representante, administrador y usufructuario del patrimonio hereditario, carácter que mantendrá incluso después de haber hecho uso del poder”.

URRUTIA ha recogido recientemente la tesis de CELAYA y describe este usufructo ligado al comisario viudo como “una figura mixta que combina facultades de delegación para instituir y disponer patrimonialmente y facultades de carácter legal de las que la propia ley inviste (tutela, ali-

²¹⁸ FDEZ. DE BILBAO, Jesús. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 485.

²¹⁹ Cfr. STSJ del País Vasco, Sala 1ª, de 17-09-1996.

mentos...); y concluye dicho autor que el *alkar poderoso* no es usufructo legitimario estándar (art. 57 LDCV) sino uno de nuevo cuño un *status* especial que constituye “la constatación del estatus especial que otorga al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho el Derecho civil vasco a lo largo de su historia y se constituye en un auténtico derecho de viudedad a favor del mismo que enlaza directamente con la tradición civil vasca y su orientación cara al mantenimiento del patrimonio familiar”²²⁰.

Es decir, está equiparando el *status* del *alkar poderoso* al Derecho de Viudedad del Derecho Foral de Aragón y al Usufructo de viudedad de Navarra, lo que, como explica el preámbulo de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad, no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena, como en el Código Civil, sino es propio del derecho de familia. ¿Es esto así?

3.2. *Balance comparativo*: Ciertamente la situación del comisario viudo es similar a los usufructos viduales aragonés y navarro, pero también hay significativas diferencias:

3.2.1. *Similitudes*: a) Ser inherentes al matrimonio²²¹ (o pareja de hecho inscrita), con el objeto de proteger al viudo, manteniendo su autoridad en la familia de forma que se consiguiera afianzar su unidad

²²⁰ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^o. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 343.

²²¹ Para Aragón, BELLOD FDEZ. DE PALENCIA, Elena. “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. ISBN 84-8456-504-1, pp. 314. Para Navarra, CALDUCH GARGALLO, Manuel. “El usufructo legal de fidelidad en Navarra, naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”. En *Revista jurídica de Navarra*, ISSN 0213-5795, n^o 40, 2005, pp. 78.

y permanencia²²², juntamente con la fiducia sucesoria²²³. b) Carácter personalísimo e intransferible (art. 36.1 LDCV / art. 290.2 CDF Aragón²²⁴ / ley 253 CDCFN Navarra²²⁵). c) No son conmutables (ley 256 CDCFN Navarra). d) El contenido básico del derecho usufructuario de percibir frutos e intereses art. 293 a 298 CDF Aragón²²⁶ / leyes 414 y 415 CDCFN Navarra²²⁷ / art. 41.3 LDCV, inclusive usufructos especiales de dinero, acciones y de fondos de inversión (art. 299 y 300 CDF Aragón / ley 258 CDCFN Navarra/art. 53.3 LDCV²²⁸). e) El régimen de gastos y

²²² Bajo la normativa de Aragón: BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”. En *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, obra cit., pp. 311. En Derecho de Navarra: CALDUCH GARGALLO, Manuel. “El usufructo legal de fidelidad en Navarra, naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”, obra cit., pp. 78.

²²³ Para Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, obra cit., pp. 311.

²²⁴ BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, obra cit., pp. 315 y 327.

²²⁵ TORRES LANA, José Ángel. “El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición mortis causa”. *Revista jurídica de Navarra*, ISSN 0213-5795, Nº 37, 2004, pp. 15.

²²⁶ PARRA LUCÁN, M^a Ángeles. “Capítulo 51 Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa”. En M^a Carmen Gete-Alonso y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 2282.

²²⁷ EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. “Capítulo 54. Usufructo legal de fidelidad y derecho de igualación de los hijos de anterior matrimonio en Navarra y derechos sucesorios de la pareja superviviente en el País Vasco”. En M^a Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 2354.

²²⁸ En este caso la normativa imitada ha sido la catalana como reconoce URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “Derecho Civil Foral Vasco: nuevas perspectivas” texto de su comparecencia ante el Parlamento Vasco, comentando el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral

mejoras (art. 294-1 CDF Aragón / ley 415 CDCFN Navarra), reparaciones extraordinarias (art. 295 CDF Aragón / ley 414 CDCFN Navarra), tributos y seguros (art. 293 a 298 CDF Aragón / leyes 414 y 415 CDCFN Navarra) por comparación con los art. 21.1.c) y 43.3 LDCV. f) La obligación del usufructuario de pagar los alimentos del causante (art. 38 LDCV / art. 298 CDF Aragón / ley 259.3 CDCFN Navarra). g) Las causas de extinción son similares, vinculadas a la subsistencia del vínculo matrimonial o pareja de hecho, sin separación. Sin embargo en Aragón y Navarra fiducia y usufructo son instituciones independientes que pueden renunciarse o aceptarse por separado. El comisario viudo no puede renunciar al cargo y retener el usufructo inherente al mismo (art. 45.5 LDCV). h) Es dudoso que el usufructo propio del comisario viudo arrastre su posesión civilísima, desde la muerte del causante (art. 45.5. LDCV). Al contrario, es muy claro en los usufructos de viudedad aragonés y navarro²²⁹.

3.2.2. Diferencias: a) Naturaleza meramente matrimonial del derecho de viudedad aragonés. De la naturaleza familiar o matrimonial se deduciría²³⁰ que el llamamiento al viudo no es a título de heredero,

Vasco de la AVD/ZEA de 2007, en *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, ISBN: 84-8968919-9 “Boletín Extraordinario IV Año V –Nº Extraordinario IV– Bilbao, junio 2007, pp. 181.

²²⁹ Para Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, obra cit., pp. 327. Tal es la opinión de PARRA LUCÁN, Mª Ángeles en “Capítulo 51 Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit. pp. 2274. Para Navarra, EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. “Capítulo 54. Usufructo legal de fidelidad y derecho de igualación de los hijos de anterior matrimonio en Navarra y derechos sucesorios de la pareja supérstite en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 2356.

²³⁰ Para Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, obra cit., pp. 314. BAYOD LÓPEZ, Carmen en “15. La viudedad”, en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 461.

ni de legatario, ni de legitimario y en consecuencia, su derecho, por su carácter legal y familiar, se antepone a los acreedores del causante y a los herederos de aquél. En consecuencia el derecho de viudedad se concede en aquellos matrimonios que se regulen por la ley aragonesa independientemente del régimen económico matrimonial que regule los efectos económicos del mismo (art. 9.2 CC²³¹). En Navarra no está tan clara. Hay autores que opinan es un derecho matrimonial no sucesorio²³² y otros que es meramente sucesorio²³³. Esta última percepción determina su aplicación conforme a la vecindad civil del causante conforme al art. 9.8 CC. b) Origen legal de los usufructos viuales aragones²³⁴ y navarro²³⁵ frente al usufructo voluntario ligado al comisario viudo. Los derechos sucesorios legales del cónyuge viudo en la LDCV son otro tipo de usufructo parcial y un adicional derecho de habitación (art. 57 y 58 LDCV). c) los usufructos de viudedad

²³¹ Para Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, obra cit., pp. 320.

²³² LACRUZ BERDEJO, José Luis. “Cuestiones fundamentales de la viudedad foral navarra”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 436-437, Septiembre-Octubre 1964, pp. 572.

²³³ CALDUCH GARGALLO, Manuel. “El usufructo legal de fidelidad en Navarra, naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”. En *Revista jurídica de Navarra*, ISSN 0213-5795, nº 40, 2005, pp. 79, 82 y 85: entiende que se trata de un derecho meramente sucesorio por tres argumentos perfectamente transplantables a la LDCV, la ubicación de su regulación dentro del régimen sucesorio, que siendo sucesorio permite asimilar a la pareja estable, que no es matrimonial, como beneficiario de la atribución, y que ésta nace con la muerte del causante.

²³⁴ PARRA LUCÁN, M^a Ángeles. “Capítulo 51 Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 2274.

²³⁵ EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. “Capítulo 54. Usufructo legal de fidelidad y derecho de igualación de los hijos de anterior matrimonio en Navarra y derechos sucesorios de la pareja supérstite en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 2355.

aragonés y navarra son renunciables anticipadamente²³⁶, mientras el cargo de comisario sólo puede ser aceptado o renunciado tras fallecer el causante (art. 45.5 LDCV). d) el deber del usufructuario de formar inventario dispensable conforme al art. 285 CDF Aragón²³⁷ y ley 257 CDCFN Navarra²³⁸ y no lo es para el comisario conforme a la LDCV²³⁹. e) Una diferencia esencial entre la LDCV y las normativas aragonesa y navarra es que el comisario viudo usufructuario puede enajenar los bienes hereditarios por habilitación legal (art. 43.3 LDCV) mientras que en Navarra se precisa autorización del causante (ley 264 CDCFN Navarra) y en Aragón el concurso de usufructuario y nudo propietario (art. 290.2 CDF Aragón).

²³⁶ BAYOD LÓPEZ, Carmen en “15. La viudedad”, en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 460. CALDUCH GARGALLO, Manuel. “El usufructo legal de fidelidad en Navarra, naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”, obra cit., pp. 99.

²³⁷ BAYOD LÓPEZ, Carmen en “15. La viudedad”. En “15. La viudedad”. En Jesús Delgado Echeverría (dir.) y M^a Ángeles Parra Lucán (coord.). *Manual de Derecho civil aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN: 978-84-92606-22-1, pp. 488.

²³⁸ CALDUCH GARGALLO, Manuel. “El usufructo legal de fidelidad en Navarra, naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”, obra cit., pp. 109. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. “Capítulo 54. Usufructo legal de fidelidad y derecho de igualación de los jos de anterior matrimonio en Navarra y derechos sucesorios de la pareja supérstite en el País Vasco”. En M^a Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 2366.

²³⁹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 371. OÑATE CUADROS, Fco. Javier. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46), en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 446 y 447. SAP de Bizkaia, sec. 5^a, de 02-05-2018 o la Sentencia de 14-05-2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o 5 de Getxo. Es curiosa la SAP de Bizkaia, sec. 4^a, de 29-06-2018 pues va a la contra del sentido general diciendo que la Ley 3/1992 no otorgaba acción para obligar.

4. Conclusión

Con independencia de que no hay tradición vasca alguna de conceder derechos a la pareja de hecho antes del año 2003, sí es cierto que se pretende el fortalecimiento del viudo y el mantenimiento del patrimonio familiar por esta vía, pero no como un derecho autónomo, mucho menos principal respecto del poder testatorio, sino sujeto al mismo, esto es, en palabras de ANGOITIA²⁴⁰ “el usufructo poderoso no puede concebirse como una titularidad de disfrute estática, otorgada para procurar al usufructuario el uso y disfrute de los bienes con independencia de su posterior suerte, sino que se articula como el instrumento más adecuado - para otros, la propiedad *ad tempus* a fin de allegar dichos bienes a sus destinatarios, desde la perspectiva de la mejor conservación, mantenimiento, uso, actualización y fortalecimiento del patrimonio en tránsito”.

Se deduce de las siguientes características del *alkar poderoso* que no es sino un poder para testar anudado solidariamente a un usufructo universal que, sí se ha aproximado casi en su totalidad al *usufructo poderoso* ayalés, como instrumento sucesorio, no como un fin en sí mismo:

4.1. *Origen sucesorio y no familiar del comisario viudo usufructuario.* Como dice ASÚA²⁴¹ el usufructo sobre el caudal hereditario refuerza la posición del cónyuge viudo sin embargo, en el Derecho vasco puede ser designada comisario cualquier persona y cabe realizarse la ordenación por tercero aunque no existan legitimarios y más allá de todo grupo familiar. Posibilidad que permite canalizar muy diferentes situaciones e intereses.

Además, dicha interpretación del origen matrimonial y no familiar del usufructo poderoso puede dar lugar a problemas con los puntos de con-

²⁴⁰ ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 212-214.

²⁴¹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 364.

xión interregional pues falta en el Código civil la habilitación normativa que el art. 16.2 CC concede al usufructo viudal aragonés que permita enervar el art. 9.8 CC y no consideramos suficiente la D.T.^a 7^a, pfo. 2^o. Entiendo que este usufructo nace con carácter sucesorio y como un plus otorgado al comisario viudo, los dos contenidos de usufructo y delegación sucesoria son separables y el primero tiene una relación de servicio del segundo de manera convergente con el usufructo poderoso ayalés, eso es, en palabras de ANGOITIA²⁴² “la condición de mero usufructuario de los bienes, o si no será más correcto entender que el usufructo de los bienes no es sino el título correlativo a la propiedad ad tempus que el fiduciario ostenta para legitimar su posesión de los bienes en el tránsito de éstos hacia el fideicomisario (...) Por ello, el usufructo poderoso no puede concebirse como una titularidad de disfrute estática, otorgada para procurar al usufructuario el uso y disfrute de los bienes con independencia de su posterior suerte, sino que se articula como el instrumento más adecuado - para otros, la propiedad ad tempus a fin de allegar dichos bienes a sus destinatarios, desde la perspectiva de la mejor conservación, mantenimiento, uso, actualización y fortalecimiento del patrimonio en tránsito”.

4.2. *El origen voluntario y no legal del comisario viudo usufructuario.* El propio art. 41.3 LDCV aclara que el viudo puede ser nombrado comisario o no, y siendo investido comisario puede no ser beneficiado con el carácter de usufructuario universal.

El *alkar poderoso* se configura por tanto como un contenido natural del poder testatorio otorgado al cónyuge viudo cuyas facultades por defecto serían²⁴³: a) irrevocabilidad al instituirse contractualmente (art.

²⁴² ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 212-214.

²⁴³ FDEZ. DE BILBAO, Jesús. “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”, en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 70 y 72.

31.2 LDCV); b) administrador nato de la herencia (art. 37.2 LDCV); c) duración indefinida (art. 41.1 LDCV); d) usufructuario nato (art. 41.3 y D.T.4^a LDCV); e) facultades dispositivas del patrimonio hereditario (art. 43.4 y 5 LDCV) y e) incluso liquidador del mismo (art. 43.3 LDCV).

Pero ello no desdibuja que es sobre todo un delegado para testar, pues, a los efectos que nos ocupan, hemos de recordar que siendo la voluntad del causante la ley fundamental de la sucesión por comisario (art. 46 LDCV), puede enervar ese plus del comisario viudo y, de hecho, así lo prevén expresamente los art. 41.3 LDCV (“El cónyuge (...) comisario es, salvo disposición en contrario del testador, el representante, administrador y usufructuario del patrimonio hereditario...”).

Si analizamos el art. 41.3 del Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Vasco de 2000 y lo comparamos con el art. 41.3 LDCV llegamos a la misma conclusión, pues aquél condicionaba el usufructo universal a que el cargo de comisario sea indefinido o por toda la vida del mismo, mientras que la regulación vigente se lo da en todo caso, sea el cargo vitalicio o indefinido o no y añade que no se extingue por el uso del mismo.

4.3. Carácter habitual pero no exclusivo del comisario viudo. Al revés, cabría que el causante instituyera a un comisario que no fuere su viudo o pareja de hecho con todas las potestades propias del *alkar poderoso* (art. 46 LDCV).

4.4. El cargo de comisario sólo puede ser aceptado o renunciado tras fallecer el causante (art. 45.5 LDCV).

4.5. El deber del comisario de formar inventario no es dispensable lo que lo aleja del usufructo (art. 491 CC), pues no se trata de conservar la forma y la substancia inventariadas (art. 467 CC) sino establecer el caudal hereditario (art. 17.1, 19 y 34 LDCV) del que “debe dar cuenta a los presuntos sucesores”.

4.6. El comisario viudo usufructuario puede enajenar los bienes hereditarios por habilitación legal (art. 43.3 LDCV) lo que nuevamente lo aleja del usu-

fructo (art. 467 CC) y pone el acento en la ordenación sucesoria pues dicho art. 43.3 LDCV no es sino una reproducción del art. 453 CDFARagón e igualmente similar al art. 424-4.2 CCCataluña, que regulan la facultad dispositiva de los fiduciarios, no de los usufructuarios.

7/2015 Legeko Etxebizitzaren erabileraren mugak: irizpideak eta interpretazio desberdinak*

JON HERNANI IRIARTE
Zuzenbideko Gradua 2016an,
Deustuko Unibertsitatean

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

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 10/11/2021

Laburpena: Lan honen helburua da Euskadiko izatezko bikoteek edo ezkontideek dibortziaztea erabakitzen dutenean, familia etxebizitza izan denarekin zer gerta daitekeen azaltzea. Akordiorik izan ezean, legeak irizpideak ematen ditu, eta hain zuzen ere, xedapen horiek landuko dira. Gainera, esleipen horrek mugaren bat izan beharko du, eta Euskadiko 7/2015 Legeak, ekainaren 30ekoak, Gurasoen Banantze edo Haustura Kasuetako Familia Harremani buruzkoak, muga horiek aipatzen baditu ere, zeresan handia eman dute. Horregatik, mugaren inguruko interpretazio desberdinak eta Auzitegiek emandako ebazpenak jorratuko dira.

Gako-hitzak: dibortzioa, familia etxebizitza, familia harremanak.

*“Legelari gazteentzako Adrián Celaya saria”ren III. Edizioan saritutako lana, Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiak 2018ko irailean emana.

Los límites a la utilización de la vivienda en la ley 7/2015: criterios y diferencias interpretativas

Resumen: El objetivo de este trabajo consiste en determinar el destino de la vivienda familiar en los supuestos de divorcio o separación de las parejas de hecho en Euskadi. A falta de acuerdo, es el legislador quien establece los criterios, que serán objeto de análisis. La adjudicación está sometida a límites que fija la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, y que han sido fuertemente discutidos. Es decir, se abordarán las distintas interpretaciones y resoluciones de los Tribunales acerca de esos límites.

Palabras clave: divorcio, vivienda familiar, relaciones familiares.

Restrictions to the use of the family home in the 7/2015 Act: different criteria and interpretations

Resumen: The objective of this work consists on trace the destiny of the family home in case of divorce or unmarried couple's separation in the Basque Country. In the absence of agreement, the regulator settles the criteria, which is the object of analysis. The adjudication is subject to the limits set in the Basque 7/2015 Act of 30th of June, about family relations in case of parent's separation or split, which have been harshly contested. That is, the different interpretations and resolutions of the Courts will be addressed.

Key words: divorce, family home, family relations.

AURKIBIDEA: LABURDURAK. I. SARRERA. II. LEGE APLIKAGARRIA. 2.1. Eusko Legebiltzarraren Eskumena. 2.2 Lotura Puntuak. III. ZAINZA ETA JAGOLETZA. 3.1 Modalitate Ezberdinen Irizpideak. 3.2. Geroagoko Aldaketak. IV. ETXEBIZITZAREN ERABILERAREN ESLEIPENA. 4.1 Irizpideak. 4.2 Interpretazioa. V. ETXEBIZITZAREN ERABILERAREN MUGA. 5.1 abiapuntua. 5.2 auzitegi gorenaren interpretazioa. 5.3 euskal autonomia erkidegoko auzitegien interpretazioa. VI. MANTENUA EMATEKO BETEBEHARRA. 6.1. Lotura Puntuak. 6.2. Mantenua Emateko Betebeharraren Azkentzea. VII. ETXEBIZITZAREN ERABILERAREN INSKRIPZIOA. VIII. ONDORIOAK. VIII. BIBLIOGRAFIA ETA ITURRIAK. 8.1 Bibliografia. 8.2 Iturriak: a) Legeria. b) Jurisprudentzia.

LABURDURAK

AGE	Auzitegi Gorenaren epaia
APAE	Arabako Probintzia Auzitegiaren epaia
arg.	argitaletxea
BPAE	Bizkaiko Probintzia Auzitegiaren epaia
EAE	Euskal Autonomia Erkidegoa
EAEJAN	Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia
EAO	Estatuko Aldizkari Ofiziala
EHAA	Euskal Herriko Agintaritzaren Aldizkaria
ENZN	Erregistro eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusia
ENZNE	Erregistro eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren ebazpena
Errek.zk.	Errekurtso zenbakia.
GPAE	Gipuzkoako Probintzia Auzitegiaren epaia

KAE	Konstituzio Auzitegiaren epaia
o.j.	oinarri juridikoa
or.	orrialdea
orr.	orrialdeak
zk.	zenbakia

I. SARRERA

Lan honen helburua da Euskadiko izatezko bikoteek amaitzea edo ezkontideek dibortziatzea erabakitzen dutenean, familia etxebizitza izan denarekin zer gerta daitekeen azaltzea. Hartu beharreko neurrietako bat da familia etxebizitzarekin nor gelditzen den zehaztea. Akordiorik izan ezean, legeak irizpideak ematen ditu, eta hain zuzen ere, xedapen horiek landuko dira. Gainera, esleipen horrek mugaren bat izan beharko du, eta Euskadiko 7/2015 Legeak, ekainaren 30ekoak, Gurasoen Banantze edo Haustura Kasuetako Familia Harremani buruzkoak, muga horiek aipatzen baditu ere, zeresan handia eman dute. Horregatik, mugaren inguruko interpretazio desberdinak eta Auzitegiek emandako ebazpenak jorratuko dira.

Garrantzia duen beste kontuetako bat lege aplikagarriarena da. Izan ere, autore askok eta zuzenbideko zenbait eragilek zalantzan jarri dute Eusko Legebiltzarrak 7/2015 Legea ateratzeko eskumenik duen ala ez. Lanean gehienbat jorratuko dena etxebizitzaren erabileraren esleipena denez, zeharo ezberdinak dira bai lege erkidean, bai euskal legean xedatzen diren manuak gaiaren inguruan. Aipatzekoa da gure lurraldeko legeari konstituzio-kontrakotasun errekurtsorik jarri ez bazaio ere, konstituzio-kontrakotasun arazo bat planteatu zuela 2017ko uztailean Eibar-ko epaile batek Konstituzio Auzitegiaren aurrean, Legeko 11.3, 4 eta 5 artikuluen inguruan, 2764-2017 zenbakiarekin tramitatuta. Hala ere, arau zibil hori ateratzeko ahalmenaren eta legearen indarraren nondik norakoak azalduko dira labor-zurrean bada ere.

Gurasoek zaintza partekatua ala eskusiboa izatea ere erabakigarria da etxebizitzaren erabileraren esleipena egiterakoan, ez baita berdina izango bata ala bestea euskal legean adierazitakoaren arabera. Hortaz, azterketa hori egingo da etxebizitzaren erabileraren esleipenarekin duen lotura dela eta. Lanean zehar ikusiko da aipatutako erabilera eskubideari buruz irtenbide ezberdinak ematen direla. Artikuluen interpretazioa ez da erra-

za, azpiatal ugari baitituzte. Hala ere, Kode Zibilean baino zehaztuago daude aukera guztiak. Horrekin bat, etxebizitzaren erabilera esleitzeko arrazoia zein izan, eta denborazko muga bat ala bestea ezarri diezaiogoe epaileak dagokion gurasoari.

Seme-alabak izatea ere egitate oso esanguratsua da, erro-errotik baldintzatzen baitu etxebizitzaren erabilera eskubidearen muga. Haurren adina ere izan behar da kontuan: hau da, adingabeak diren ala ez, faktore horren arabera etxebizitzaren erabileraren inguruko Auzitegi Gorenaren azken urteotako jurisprudentziak eta Euskadiko 7/2015 Legeak xedatzen duena bateragarriak diren aztertzeke.

Halaber, etxebizitzaren erabileraren muga zabalena erreferentzia moduan hartuta, ikusiko da mantenua emateko betebeharrarekin dagoela lotuta. Mantenua emateko betebeharrak etxebizitzarekin duen lotura aztertuko da. Betebeharraren inguruko jurisprudentziari buruz ere hitz egingo da, garrantzitsua baita mantenuak mugarik duen ala ez jakitea, eta izatekotan, zeintzuk diren muga zehazteko irizpideak.

Gainera, etxebizitzaren erabileraren eskubidea inskribagarria izan daitekeen ala ez jorratuko da, batez ere hirugarrenen aurrean defendatzeko. Etxebizitzaren erabileraren muga desberdinak ikusita, Jabetza Erregistroan inskribatzeko posiblea den argitzen saiatuko da; desberdina izango baita eskubidearen mugetako kasu batean ala bestean egotea.

Amaitzeko, lanean zehar ateratako ondorioak azalduko dira, eta ikusiko den moduan, aztertutako atal guztiak lotuta egongo dira etxebizitzaren erabileraren eskubidearen mugarekin.

II. LEGE APLIKAGARRIA

1. Eusko Legebiltzarraren eskumena

Hasteko, kontuan izan behar da Espainiako Konstituzioak xedatzen duena 149.1.8 artikuluan, Estatuaren eskumen eskusiboak zehazten dituenan. Hain zuzen ere, autore eta eragile askok zalantzan jarri izan dute Eusko Legebiltzarrak 7/2015 Legea ateratzeko duen ahala, eta zenbait artikulua Konstituzioaren aurkakoak direla uste izan arren, orokorrean, zuzenbide zibil propioa ez duten Autonomia Erkidegoetan ez da argi ikusi gure ganbarak aipatu legearen gaineko eskumenik duenik. Horrenbestez, aipatutako Konstituzioaren artikulua ondorengoa dio:

“149. artikulua

1. Honako gai hauek estatuaren eskumen eskusibokoak dira:

(...)

8) Legegintza zibila; horri kalterik egin gabe, autonomia-erkidegoek zuzenbide zibilak, forudunak nahiz bereziak, irauarazi, aldatu eta garatu ahal izango dituzte, halakoak direnetan. Edozein kasutan, arau juridikoen aplikazio eta eragingarritasunari buruzko erregelak, ezkontzeko formei dagozkien harreman juridiko-zibilak, erregistro eta agerkari publikoen antolakuntza, kontratuetako betebeharren oinarriak, lege-gatazka konpontzeko arauak eta Zuzenbidearen iturburuak zehazten dituztenak, betiere, azken kasu horretan, foru-zuzenbidearen edo zuzenbide bereziaren arauak errespetatuz”.

Konturatzekoa da zortzigarren ahapaldiak legegintza zibila Estatuaren eskumen eskusibokoa dela adierazten duela, eta ondoren “horri kalterik egin gabe”-ren atzetik datorrenak, aurrean esandako legegintza zibilaren eskumen eskusiboaren salbuespenak jasotzen dituela. Hurrengo esaldian, ostera, azaldutako salbuespenak zehazten ditu, berriro ere esanda, salbuespen horietatik ere, zer ezin duten arautu Autonomia Erkidegoek.

Argi uzten du Estatuaren eskumenekoak direla arau juridikoen aplikazio eta eragingarritasunari buruzko erregelak, ezkontzeko formei dagozkien harreman juridiko-zibilak, erregistro eta agerkari publikoen antolakuntza, kontratuetako betebeharren oinarriak, lege-gatazkak konpontzeko arauak eta Zuzenbidearen iturburuak zehazten dituztenak.

Aipatutako artikulua interpretatzeko zenbait gora-behera egon dira, klausula orokorra, salbuespenak, eta berriro bigarren esaldi horrek zenbait kezka ekarri izan baititu urteetan zehar Autonomia Erkidegoek beraien eskumenak garatu nahi izaten duten bakoitzean.

ROCA I TRIASEK aipatutako xedapena interpretatzeko orduan, “legegintza zibilak” honakoa esan nahi duela adierazten du: *“todas aquellas materias que han sido calificadas tradicionalmente como derecho privado y que no aparezcan recogidos en otros apartados del artículo 149.1”*¹. Horrenbestez, bere aburuz, Estatuak berarentzat eskusiboki erreserbatzen ez duen gutzia arautu dezakete Autonomia Erkidegoek.

Bide berean LACRUZEN ustetan, *“el desarrollo de los derechos forales comprende la posibilidad de actualizarlos, la de dictar normas opuestas a las existentes (por haber cambiado los supuestos sociales), y la de regular materias actualmente no disciplinadas en la correspondiente Compilación, todo ello como desarrollo del ordenamiento foral, en el cual acaso en otro tiempo hubo normas propias o recibidas para la materia que no se contempló en el texto vigente”*².

DELGADOK parekoa esaten du aipatutako Konstituzioko 8. ahapaldiko “iraunarazi, aldatu eta garatu” hitzei dagokienez: *“reside el limite fundamental que a la legislación civil de las Comunidades Autónomas impone la Constitución, de acuerdo con el criterio foralista e historicista que asume. La conservación*

¹ ROCA I TRIAS, M.E. “El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978”. *Revista Jurídica de Cataluña*. 1979, 1. zk., 15. or.

² LACRUZ BERDEJO J.L. *Elementos de Derecho civil*. I tomoa, I bol., Bartzelona: Dykinson arg., 1982, 111 or.

*del Derecho foral es más bien un límite a la competencia legislativa regional que un contenido de la misma, ya que, para conservar el derecho vigente, basta con no cambiarlo. Y la modificación y desarrollo suponen conceptualmente una relación de continuidad con el pasado, una evolución acorde con el espíritu del Derecho foral, con su tradición histórica, con los principios en que se inspiran*³.

Hurbilago etorrita, CELAYAK honakoa esaten zuen gai honen inguruan: “(...) el art. 149 de la Constitución hace un auténtico reparto de competencias en materia civil, si bien solamente reserva a las comunidades autónomas un Derecho civil que enlaza con el pasado, con el antiguo Derecho foral o especial, aunque permite no sólo conservarlo, sino modificarlo y desarrollarlo (...)”⁴.

Beraz, ikusten da interpretatzerakoan, foru zibilisten ustez Autonomia Erkidegoek garatu eta eguneratu dezaketela erkidegoetan existitzen den Foru Zuzenbidea, horren muga Konstituzioko 149.1.8 artikuluko “edozein kasutan” hitzen ondoren datozen xehetasunak direlarik. Bestalde, doktrinan ere, ohi den modura, ikuspuntu ezberdinak daude, eta interpretazio mugatuagoa dutenak ere badaudenez, aintzat hartu beharrekoak izan dira Konstituzio Auzitegiak 149.1.8 artikularen inguruan, hau da, Autonomia Erkidegoek zuzenbide zibilean duten eskumenaren inguruan emandako epaiak eta horietako oinarri juridikoetan esandakoa. Garrantzitsuenetakoa da Konstituzio Auzitegiak uztailean emandako 95/2017 epaia; Kataluniako Parlamentuko 19/2015 Legea, Jabetza Tenporala eta Jabetza Partekatua Kataluniako Kode Zibileko Bosgarren Liburura Gehitzekoari buruzkoa aztertzen duena, honakoa zehazten baitu epai horrek 149.1.8 artikularen inguruan:

³ DELGADO ECHEVARRIA, J. “Los derechos civiles forales en la Constitución”. *Revista Jurídica de Cataluña*. 1979, 3. zk., 643 or.

⁴ CELAYA IBARRA, A. *Curso de derecho civil vasco*. Bilbo: Deusto arg., 1998, 17 or.

“En conclusión, la competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho, criterio de la conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan”⁵.

Aipatzekoa da epai horretan Konstituzio Auzitegiak emandako 31/2010⁶ epaian adierazitako argudio berberak errepikatzen direla; hau da, Kataluniako Autonomia Estatutuak⁷ 129. artikuluan adierazten zuenari jarritako konstituzio-kontrakotasun errekurtsuari buruzkoan. Aldi berean, ebazpen hori 88/1993 epaian⁸ oinarritu zen, Aragoiko Gorteen adopziozko seme-alabak parekatzeko legeari jarritako konstituzio-kontrakotasun errekurtsua aztertzen zuen.

Ez legoke txarto pasadan apirilean Konstituzio Auzitegiak emandako epaia ere adieraztea atal honi lotura eginda. Zehazki, Espainiako Gobernuko Presidenteak konstituzio-kontrakotasun errekurtsua jarri zion Aragoiko Autonomia Erkidegoak atera zuen lege bati. Hain zuzen ere, jaberik ez duten kontzentrazio partzelarioko prozesuetan jatorria duten finken inguruko xedapenen aurka. Honek ere argi uzten du lotura bat izan behar duela aurretik egon ziren erakundeekin, baina garatu eta eguneratu daitezkeela. Bosgarren oinarri juridikoan honakoa esaten du, hau ere 88/1993 epaian oinarritua:

⁵ KAE 95/2017 zk., Plenoa, uztailaren 6koa, 4. o.j.

⁶ KAE 31/2010 zk., Plenoa, ekainaren 28koa, 76. o.j.

⁷ 6/2006 Lege Organikoa, uztailaren 19koa Kataluniako Autonomia Estatutua erreformatzekoa. EAO, 2006ko uztailaren 20a, 172 zk. 27269 or.

⁸ KAE 88/1993 zk., Plenoa, martxoaren 12koa, 3. o.j.

“En suma, las competencias autonómicas para ‘desarrollar’, en lo que aquí interesa, el propio Derecho civil pueden dar lugar a la actualización y crecimiento orgánico de éste y, en concreto, a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la compilación, guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquélla o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil”⁹.

Beraz, Konstituzio Auzitegiak argi utzi du irizpidea zein den, hau da, jada existitzen den araudiarekin lotura bat izan behar duela lege berriak. Horrez gain, Euskadiko Autonomia Erkidegoko Estatutuko¹⁰ 10.5 artikulua ere adierazten du EAEk gai horren inguruko eskumena baduela, hots *“Euskal Herria osatzen duten Herrialde Historikoen Zuzenbide Zibil Foral eta berezi idatzi nahiz ohizkoaren kontserbazio, aldatze eta bilakaera, bai eta beraren indarraren lurralde-barrutiaren finkapena ere”*.

2. Lotura puntuak

Ildo horretatik abiatu da 7/2015 Legea, ekainaren 30ekoa, gurasoen banantze edo haustura kasuetako familia harremanei buruzkoa¹¹, zeinetan bere zioen azalpenean ondorengoa adierazten du, aurretiaz ateratako legearekin lotura eginda eta justifikatuta:

“Zehazki Euskadiri dagokionez, Autonomia Estatutuaren 10.5 artikulua haren eskumen eskusiboen artean ezartzen du Euskal Herria osatzen duten lurralde historikoetako Zuzenbide zibil foral eta berezia gorde, aldatu nahiz garatzea”.

⁹ KAE 41/2018 zk., PLENOA, APIRILAREN 26KOA, 5. O.J.

¹⁰ 3/1979 Lege Organikoa, abenduaren 18koa Euskal Autonomia Erkidegoko Estatuturarena. EAO, 1979ko abenduaren 22a, 306 zk. 30177 or.

¹¹ 7/2015 Legea, ekainaren 30ekoa, Gurasoen Banantze edo Haustura Kasuetako Familia Harremanei buruzkoa, EHAA 129. zk. 2015ko uztailaren 10a.

Izatezko bikoteak arautzeko maiatzaren 7ko 2/2003 Legearen zioen azalpenak jada Zuzenbide zibil forala beren-beregi aipatzen zuen arau hori egiteko erabilitako eskumen-tituluen artean, eta haren izaera zibila babesten du jurisprudenzia konstituzional berrienak. Hala, lege hori beste lotura-gune garrantzitsu bat da, bikoteen hausturen ondorioetan sakontzen duen neurrian, ezkondu gabeko bikoteen hausturari helduz kasu horretan, sexu berekoak nahiz desberdinekoak izan bikotekideak”.

Behin aipatutakoa aintzat hartuta, Euskadiko legearen aplikazio esparruari erreparatu beharko diogu, 2. artikuluan datorrena, argi izan dezagun nortzuei aplikatzen zaien legea:

“2. artikulua Aplikazio-eremua.

1. Lege hau Euskal Autonomia Erkidegoaren lurralde-eremu osoan aplikatuko da, baldin eta, aplikatu beharreko legedi zibilean xedatutakoaren arabera, seme-alaben gainean guraso-agintea duen gurasoak edo aginte hori duten gurasoek euskal auzotasun zibila badaukate (...).”.

7/2015 Legea nortzuei zaien aplikagarri zehazteko, legeak esan bezala, Euskadiko auzotasun zibila dutenei aplikatuko zaie. Sakonago aztertzearen, Kode Zibileko 14. artikuluekin lotura egin behar da. Artikulu horretan adierazten dira auzotasun zibila lortzeko irizpideak. Auzitegi Gorena epai batzuetan beren-beregi esaten hasi da, behin 7/2015 Legea indarrean sartu ostean, gai horietan Kode Zibila aplikatzen zutenei, horatik aurrera Euskal auzotasun zibila izanez gero, Euskadiko legea aplikatu beharko zutela eta ez Kode Zibileko manua:

“Añade que en dicha norma en su art. 12 sobre atribución del uso de la vivienda y del ajuar doméstico, se regula las formas de atribución del uso de la vivienda familiar quedando para el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco sin contenido el art. 96 del Código Civil invocado en este Recurso de casación.

Por ese motivo entendemos que el presente recurso de casación ha quedado sin objeto porque a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2015 de 30 de junio, se deberá aplicar a las personas que tengan la vecindad civil vasca esta Ley y no el Art. 96 del Código Civil¹².

III. ZAINZA ETA JAGOLETZA

1. Modalitate ezberdinen irizpideak

Zaintza eta jagoletza mota desberdinak daudenez, gurasoen eta seme-alaben erlazioak desberdinak izan daitezke. Horregatik, labor-zurrean bada ere, azalpen bat ematea komenigarria litzateke.

Egia esan, Espainiako legeetan ez da agertzen ez zaintza eta jagoletza, ez guraso-ahalaren inguruko definiziorik, ezpada, jurisprudentziak adierazten duenarekin bideratu behar izan da. Oso garrantzitsua eta kontuan izan beharrekoa da dibortzio prozesu batean seme-alabak daudenean, eta batez ere horiek adingabeak badira, gurasoek duten eskubide eta betebeharrak zeintzuk diren. Zaintza eta jagoletza partekatuan seme-alaben eguneroko erabakiak banatuago egongo dira gurasoen artean, eksklusibo denean ostera, erabaki horiek jagoletza duen gurasoak hartuko ditu orokorrean.

Gure Autonomia Erkidegoan, aipatu bezala, 7/2015 Legea daukagunez, horko 9. artikulura jo beharko dugu zaintza eta jagoletzari buruzko irizpideak zehazten dituzten ahapaldiek zer xedatzen duten ikusteko:

“1. Guraso bakoitzak, bere aldetik edo bestearekin ados delarik, adingabeen intereserako, eskatu ahalko dio epaileari seme-alaba adingabe edo ezgaituen zaintza eta jagoletza era partekatuan edo haietako batek bakarrik gauzatzea. Eskaerarekin batera aurkeztu beharko da jagoletza garatzeko erregimenerako proposamen

¹² AGE 215/2016, 1. sala, zibilekoa, apirilaren 6koa. Errek. zk.:1309/2015.

oinarritu bat, non elkarbizitza- eta harreman-aldiak zehaztuko baitira, bai eta jagoletza ez duen gurasoarekin eta, hala badagokio, gainerako ahaide eta hurbilekoekin komunikatzeko moduak ere.

2. Guraso bat jagoletza partekatuaen aurka egotea edo bi gurasoen arteko harremanak txarrak izatea ez da eragozpen eta arrazoi nahikoa izango jagoletza partekatua ez emateko adingabearen intereserako.

3. Epaileak jagoletza partekatua erabakiko du, aldeak eskatzen duenean, baldin eta adingabeen interesaren kalterako ez bada, eta betiere honako alderdi hauek kontuan izanda:

A) Gurasoek adingabeekiko harremanetan aurretik izan duten jokaera eta izan dituzten jarrera pertsonalak, eta adingabeek edo ezgaituek guraso bakoitzarekin duten lotura afektiboa. B) Seme-alaben kopurua. C) Seme-alaben adina. D) Seme-alabek adierazitako iritzia, betiere behar besteko zentzutasuna badute, eta 12 urtetik gorakoena kasu guztietan. E) Gurasoek seme-alabekiko eta elkarrekiko eginbeharrak betetzea, eta elkarrekiko errespetua beren arteko harremanetan; halaber, seme-alabek bi gurasoekin eta gainerako ahaide eta hurbilekoekin izan beharreko harremana bermatzeko jarrera. F) Artikulu honetako 4. paragrafoan aipatzen diren txostenen emaitza. G) Seme-alaben gizarte-, eskola- eta familia-loturak. H) Guraso bakoitzaren aukerak familia eta lana uztartzeko, baita guraso bakoitzaren jarrera, borondate eta inplikazioa ere bere eginbeharrak bere gain hartzeko. I) Haien ohiko bizilekuen kokagunea eta dituzten laguntzak. J) Gurasoen edo seme-alaben beste edozein egoera, elkarbizitza-erregimenerako garrantzitsua bada”.

Ikusten denez, Euskadiko legeak zaintza partekatuaen alde egiten du ahal den heinean; beste era batera esateko, zaintza partekatua aplikatuko da adingabekoen interesaren kalterako edo aurkakoa ez bada. Hori berori esaten da legearen zioen azalpenean “*arau honek jagoletza partekatua arautzen du*

erregimen egokiena delakoan banantze- edo dibortzio-kasuetarako, artikuluetan ezarritako baldintzak betetzen badira eta betiere adingabeen interes gorena zainduta”.

Zehatzago adierazteko, legearen arabera, 9.3 artikuluari so eginez, gurasoek hala eskatuta epaileak **erabakiko du jagoletza partekatua**, adingabeen interesarekin bateragarria bada, eta zerrendatzen diren alderdiak kontuan izanda. Bestalde, artikuluko bereko 6. ahapaldiak esaten duenaren arabera, “*Epaileak, adingabearen interes gorena bermatzeko **beharrzko deritzonean** eta txosten sozial, mediko, psikologiko eta bidezko diren gainerakoak ikusita, gurasoetako bati eman **ahalko dio** adingabearen zaintza eta jagoletza. Kasu horretan, beste gurasoerekiko komunikazio-, egonaldi- edo bisita-erregimen bat ezarri ahalko du, guraso eta seme-alaben arteko harremanak eta, hala denean, familia zabalarekikoak bermatuko dituena*”.

Ondorenez, ikusi daiteke nahiz eta beren-beregi ez adierazi zein jagoletza mota ezarri, lehenetsuzkoa zaintza partekatua dela, zioen azalpenari jarraiki, eta bigarren lerroan geratuko litzatekela zaintza eskusiboa. Irakurketa alderantziz eginda, epaileak zaintza bakarra erabaki dezake soilik beharrezkoa deritzonean.

Gainera, zaintza partekatuari garrantzia ematen zaiola ikusi daiteke, guraso bakarrak eskatu dezakelako. Estatuan lehenengo aldia da lege bategen bigarren ahapaldiak xedatutakoa arautzen duela; hau da, nahiz eta guraso bat zaintza partekatuaren kontra egon, edo guraso bien arteko harremanak txarrak izan, ez duela eragotziko modalitate horretako zaintza ematea adingabeen intereserako¹³.

Gure legearekin alderatuz, estatuko zenbait epai ikusi daitezke, garrantzitsuenak Auzitegi Gorenekoak, esaten dutenak gurasoen harreman txarrak erabakigarriak direla zaintza partekatua ez adierazteko, ez baldin badoaz

¹³ PERALTA CARRASCO, M. *Derecho de familia: nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*. Madril: Dykinson arg., 2017, 111 or.

haurren interesaren aurka. Ondorengo adibide dugu, zeinetan gurasoen harreman txarra egonda, ez dela zaintza eta jagoletza partekatua ezarri:

“En el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparte la hostilidad y apuesta por el diálogo y los acuerdos”¹⁴.

Aipatutakoari erreparatuz gero, ikusi daiteke Auzitegi Gorenaren jurisprudentziaren bidea jarraitu duela gure legeak, Kode Zibileko 92. Artikuluko interpretazio gora-beherak finkatuta, zaintza partekatua erregimen arrunta, desiragarria eta egokia dela adierazita, posible denean lehentasunez aplikatuko dena, bestelako inguruabar guztiak baloratu eta adingabeen interes gorenaren aurkakoa ez denean¹⁵:

“La redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”¹⁶.

2. Geroagoko aldaketak

Nahiz eta hasiera batean alderdi biak ados egon zaintza eskusiboan guraso bateri ala besteari ematearekin, gerta liteke etorkizun batean prozesuan alderdi direnek, 7/2015 Legeko 7.5 eta 13.4 artikulua jarraituta,

¹⁴ AGE 143/2016, 1. sala, zibilekoa, martxoaren 9koa. Errek. zk.: 1849/2014.

¹⁵ MÚRTULA LAFUENTE, V. *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Madril: Dykinson arg., 2016, 127 or.

¹⁶ AGE 257/2013, 1. sala, zibilekoa, apirilaren 29koa. Errek. zk.: 2525/2011. Ildo beretik doaz ondorengo epaiak ere: AGE 576/2014, 1. sala, zibilekoa, urriaren 22koa. Errek. zk.: 164/2014; AGE 390/2015, 1. sala, zibilekoa, ekainaren 26koa. Errek. zk.: 469/2014.

neurriak aldatzea eskatzea, 12.5.3 artikuluaekin lotura eginez, etxebizitzaren erabileran eragina izan dezakeelako, baldin eta egoeran funtsezko aldaketak gertatu badira. Horrek esan nahi du, nahiz eta printzipioz arazorik egon ez gurasoetako batek lortzeko zaintza eta jagoletza, kontuan izan behar dela neurriak alda daitezkeela. Aipatutakoa ere aurreikusi beharko da, etxebizitzaren esleipenaren mugarekin zaintzak lotura estu-estua baitu.

Aldaketa horien adibide onak dira gure lurraldeetako auzitegiek emandako epaietakoak, zeinetan hasiera batean zaintza eta jagoletza guraso bati esleitu eskusiboki, eta neurrien aldaketen eskakizunaren bidez, beste gurasoak modalitate partekatua eskatzen dutenak. Epai horietan aldaketa emateko edo ez emateko dauden irizpideak aztertu beharko dira.

Joan den urteko ekainean ateratako Bizkaiko Probintzia Auzitegiko 424/2017 epaiaren¹⁷ arabera honakoa gertatu zen: zaintza eskusiboa amari eman zitzaion, baina neurrien aldaketa bitartez aitak zaintza partekatua eskatu, eta lehenengo instantzian lortu zuen, baina amak hori errekurritu ostean, zaintza eskusiboa bueltan eman zitzaion. Epaian aztertzen den bezala, komenigarriagoa da semeentzat jada amak 9 urtez zaintza bakarria izan duenez, horrela izaten jarraitzea, jakinik gainera aitak semei dedikazio gutxi egin diela bizitza osoan zehar. Adingabeako semearen informe psikosoziala ere egiten da, eta hori, kasuan kasu faktore aldakorra izan arren, adingabeak esaten du dagoen egoeran bera ondo dagoela, nahiz eta aitarekin denpora gehiago egotea eskatzen duen.

Txosten psikosozialak, hala ere, zaintza eta jagoletza egoera berdinean uzteko gomendatzen zuen, amak izatea, alegia, semearen egonkortasunerako. Horretarako emandako argudioak, euskal legean zenbatutako irizpideak eta Auzitegi Goreneko arestian aipatutako jurisprudentzian oinarrituta honakoak dira: familia, gizarte, ikasketa eta bitoki egonkortasuna mantendu behar direla, besteak beste, eta semeak eskatutakoaren harira, ai-

¹⁷ BPAE 424/2017, 4. atala, ekainaren 9 koa. Errek. zk.: 227/2017.

tarekin denpora gehiago pasatzeak ez duela justifikatzen zaintza mota aldatu behar denik, eta beraz, bateragarria dela amaren zaintza eskusiboarekin. Garrantzia handia ematen zaio epaian zaintza aldaketa aitak eskatu duela, ez semeak, eta hori ere arrazoi handietako bat da aldaketa ez aitortzeko.

Beste epai esanguratsu batzuk ere aztertu daitezke aldaketekin lotuta, baita Bizkaiko Probintzia Auzitegiak emandakoak, 7/2015 Legeko 9. artikuluan oinarrituz, zaintza modalitate partekatuta ez aldatzea defendatzen dutenak. 409/2017¹⁸ zenbakidun epaiaren argudioen artean, alabek custodia eskusiboki amarena izatea ezarri zen. Gainera, horretan ere adierazten zen, aurrean aipatutako kasuan bezala, alabek ez zutela aldaketa hori nahi dutenik adierazi. Epaiak ez zegoen ados zaintza partekatua ezartzeaz, baina bai aitari bisitak areagotzeaz, eta adierazten zuen hori ez dela zaintza eskusiboaren kontrakoa.

Bestetik, 126/2017¹⁹ zenbakidun epaiak ere, bide berdinean zehazten du, aztertu den bezala, nahiz eta jurisprudentiaren aldaketak zaintza eta jagoletza partekatua hobesten duen, kasu horretan ere komenigarriagoa dela amaren eskusiboa, batetik, egiatan seme-alabek gurasoekin pasatutako denpora ez delako berdina izan, eta horretan ere adierazten da, semeak ez duelako zaintza eta jagoletza mota aldatzearen gogorik azalerratu:

“(…) pese al cambio jurisprudencial en materia de guarda y custodia, y ello, como hemos dicho, porque no ha habido en ningún momento un ejercicio de coparentabilidad ni en la práctica una distribución de tiempos similares entre ambos progenitores, sin que sea voluntad del menor que se instaure un régimen de guarda y custodia compartida”.

Aipatu beharrekoa da, legeak zaintza partekatua hobesten duenetik, guraso asko izan direla aldaketak eskatu dituztenak. Hala ere,

¹⁸ BPAE 409/2017, 4. atala, ekainaren 1eko. Errek. zk.: 237/2017.

¹⁹ BPAE 126/2017, 4 atala, otsailaren 20koa. Errek. zk.: 280/2016.

31/2018²⁰ epaiak argi uzten du legearen hobespenagatik bakarrik ezin direla neurriak aldatu zaintza modalitate partekatua ezartzeko. Zehatzago, gure legeak 9.3 artikuluan jada ematen dituen irizpideetan oinarritu beharko da:

“El hecho de que la Ley 7/2015, de 30 de junio, a la hora de determinar el régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, establezca como criterio preferente la guarda y custodia compartida, no supone que, en el presente caso, exista un derecho del padre a la atribución de un régimen de guarda y custodia compartida, pues, como se ha expuesto, el principio rector en el derecho de familia es el interés del menor, para cuya valoración sirven de orientación las circunstancias que el citado art.9.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, expone”.

Aldaketak egon arren, ikusi dugun moduan, zaintza eskusiboaren epaiak badira, baina badaude zaintza eta jagoletza eskusibotik modalitate partekatura aldarazi duten epaiak ere. Azken horien argudioa batez ere informe psikosozialaren balorazioa da. Horietan orokorrean esaten da, gurasoen gora-behera eta istiluak lasaiagotu direla eta jada ez dagoenez horrenbeste iskanbila, seme-alabentzat ez dagoela arazorik zaintza partekatura aldatzeko. Adibide da Gipuzkoako Probintzia Auzitegiak eman-dako 149/2017 epaia²¹:

“Sin embargo, practicada en esta alzada una nueva prueba psicosocial por la misma profesional que elaboró el informe pericial anterior, ésta propone un cambio de régimen de guarda y custodia a un sistema de custodia compartida. La Sra. Ana, fundamentó el cambio de orientación en que en un primer momento la situación de crisis y tensión era mucho más aguda y que en la actualidad el día a día se lleva con normalidad; y que, aunque existe conflicto, éste se encuentra más estabilizado y los menores se han ido adaptando (ambos han mejorado en el contexto escolar (...))”.

²⁰ GPAE 31/2018, 2. atala, urtarrilaren 25ekoa. Errek. zk.: 2279/2017.

²¹ GPAE 149/2017, 2. atala, maiatzaren 29koa. Errek. zk.: 2257/2016.

Atal honetan esandakoa laburbiltzeko, legeko 9.3 artikuluan zehatz-mehatz adierazten diren irizpideak izan beharko dira kontuan zaintza eta jagoletza esleitzeko. Hala ere, neurrien aldaketak gerta daitezke, baina aldaketek aurrera egiteko, ikusi dugun epaien arabera, garrantzia handia ematen zaio seme-alaben benetako gogoari, hau da, adingabeek aldaketa horren nahia adierazi beharko dute, eta informe psikosozialarekin batera, epaileak baloratu beharko du, beti ere legera egokituta.

IV. ETXEBIZITZAREN ERABILERAREN ESLEIPENA

1. Irizpideak

Etxebizitzaren erabileraren esleipena aztertzeko, Euskadiko 7/2015 Legea joko dugu, eta zehatzago 12. artikulura, etxebizitzaren erabileraren manuak hor baitaude.

Legeak lehenengo ahapaldian esaten duena ondorengoa da: akordio-rik egon ezean, edo nahiz eta akordioa egon, baina onespén judizialik ez baldin badu, familia etxebizitzaren eta barruan dauden tresneria eta altzarien eta horniduraren erabilera esleitzeko orduan seme-alaben interes gorenerako komenigarriena dena hartuko dela kontuan, baita bikotekideek etxebizitza horren gaineko duten premia eta titulartasuna norena den.

Bigarren ahapaldian adierazten dena lehenengo ahapaldiaren lagungarria da. Honakoa esaten du: epaileak lehentasunez, seme-alaba erkideen zaintza eta jagoletza duen gurasoari esleituko diola familia etxebizitza, baldin eta seme-alaben intereserako komenigarria bada. Aipatzekoa da Kode Zibilarerkin alderatuta, euskal legegileak gurasoari esleitzen diola etxebizitza; estatuko arauan ordea, seme-alabei eta horiekin geratzen den ezkontideari dagokiela esaten da.

Hirugarren ahapaldiak berezitasun bat dauka, ondorengoa esaten baitu: seme-alaben zaintza eta jagoletza lortu ez duen gurasoari familia-etxebizitza esleitu ahal izango diola epaileak, baldin eta beste etxebizitza bat lortzeko zailtasun handiagoa badu, beti ere zaintza eta jagoletza eratziki zaizkion gurasoak adingabeen etxebizitza-beharra betetzeko baliabide nahikoak baditu, hauen interesekin bat.

Laugarrenen berriz, zaintza partekatua den kasuetarako irizpidea zehazten du; etxebizitzaren esleipena kasu horretan guraso bakarrari egiten bazaio, etxebizitza lortzeko objektiboki zailtasun handienak dituen gurasoa izango da hori, seme-alaben interes gorenarekin bateragarria bada. Aipatzekoa da, nahiz eta ez esan modu zuzenean, zaintza gurasoen artean partekatzen bada, familia-etxebizitzaz txandaka balia daitezkeela. Argiago ikusteko, ahapaldi horretan zehatz-mehatz honakoa esaten da:

“Baldin eta seme-alaben zaintza eta jagoletza gurasoen artean partekatzen bada eta familiaren etxebizitzaren erabilera bi gurasoei esleitzen ez bazaie, txandaka balia dezaten, etxebizitza lortzeko objektiboki zailtasun handienak dituen gurasoari esleituko zaio, hori bateragarria bada seme-alaben interes gorenarekin”.

2. Interpretazioa

Etxebizitza esleitzeko irizpideak aztertzerakoan, beraz, bi multzo sailkatu ditzakegu: batetik, zaintza eta jagoletza eskusiboa den kasuetakoa, eta, bestetik, partekatua den kasuetakoa.

Lehendabiziko multzoan ikusi da, lege aplikagarriaren arabera, lehentasunez seme-alaben zaintza duen gurasoari esleituko zaiola, 12.2 artikuluari jarraituta. Horrekin batera, ikusi daiteke artikulua horrek “hori baldin bada komenigarriena seme-alaben intereserako” esaten duela, eta hori interpretatu daiteke, batzuetan egon daitezkelako kasuak zeinetan

emandako soluzioa ez den komenigarriena seme-alaben intereserako. Hobeto ulertzen da 12.6 artikularekin, hau esaten duelako:

“6.-Familiaren etxebizitzaren erabilera esleitu ordez, epaileak bi-kotekide baten edo bien jabetzako beste etxebizitza batena esleitu ahal du, baldin eta egokia bada etxebizitza-beharrak betetzeko, bai seme-alaba adingabeena eta bai, kasua hori bada, behar handiena duen gurasoarena”.

Ondorenez, ikusi daiteke gurasoek momentu horretan beste etxebizitza bat eduki dezaketela, familia-etxebizitza baino hobea, eta epaileak ulertu dezakeela seme-alaben intereserako hoberena dela “ostatu” edo “egonleku” egokia izateko beharrezana hobeto asetzen delako.

Kontrara, zaintza ez duen gurasoari ere esleitu ahal izango zaio, objektiboki beste etxebizitza bat lortzeko zailtasun handienak berak baditu, kontuan izanik kustumak lortu duen gurasoak nahikoa baliabide baditu etxebizitzari dagokionez adingabeen beharrezana asetzeko, 12.3 artikulua esandakoaren arabera. Hori ere, gorago aipatutakoarekin bat datorrela ondorioztatu daiteke, kasu honetan ere ulertzen delako ez dela derrigorrezkoa zaintza lortu duen gurasoari esleitzea etxebizitza, babes gehiago behar duten interesak baldin badaude eta seme-alaben interesarekin bateragarria bada. Etxebizitzaren esleipena babesaren beharrezkin doa lotuta berriro ere.

Bigarren multzoan osteraz, zaintza partekatuaren kasuan, eksklusiboan ez bezala, ez du lehentasunezko irtenbiderik esaten. Ematen duen irizpidea da etxebizitza txandaka erabiltzea, “habia” deitzen zaiona. Aipatzekoa da, hala ere, batetik, “habia” sistema erabiltzean guraso bakoitzak bakarrik beste etxebizitza bat izan behar duen luketela seme-alabekin txanda ez daukatenean bertan bizi ahal izateko, eta bestetik, jurisprudenzia familia-etxebizitza txandaka erabiltzeari dagokionez sarri-askotan adierazi duela ez dela irtenbide egokiena:

“(…) entendemos que la protección del interés del menor no aconseja que le sea atribuido el uso de la vivienda familiar, conviviendo en ella de forma alternativa con sus progenitores, pues ello constituye un foco asegurado de conflictos, del que hay que proteger al menor”²².

“Pues bien, en interés de dicha menor, estimamos, compartiendo así el criterio de la Juzgadora de instancia, que el denominado “nido compartido”, no es más que una fuente segura de conflictos (...)”²³.

GONZALEZ DEL POZO magistratuak ere berdina uste du aipatutako bi puntuei buruz: batetik, familia gutxik dauka ohiko etxebizitzaz aparte beste etxebizitza bat izateko hain egoera ekonomiko ona, eta, bestetik, arazoak ekar ditzake seme-alabak dauden etxebizitzak egunerokotasunean zor daitezkeen edozein arrazoirengatik:

“Muy pocas familias monoparentales tienen una posición económica que les permita mantener simultáneamente, además de la que fue vivienda familiar, otro inmueble para utilizarlo como segundo domicilio.

Ambas soluciones (3 ó 2 viviendas) se presentan, sin embargo, como opciones de muy difícil ejecución en la práctica; de una parte, los sucesivos trasposos posesorios de la vivienda familiar entre los cónyuges pueden dar lugar a constantes controversias o conflictos con motivo de la entrega de la posesión pacífica de la vivienda en las fechas preestablecidas y el necesario intercambio de ropa, enseres y objetos de uso personal. También pueden originar disputas por el pago de los consumos de los servicios con que cuenta la vivienda (...)”²⁴.

²² BPAE 420/2016, 4. atala, ekainaren 30ekoa. Errek. zk.: 206/2016.

²³ BPAE 299/2016, 4. atala, maiatzaren 12koa. Errek. zk.: 106/2016.

²⁴ GONZALEZ DEL POZO, J.P. “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”. *Abogados de Familia*. 2011ko bigarren seihelekoa 60 zk., Tribuna Abierta atala, La Ley arg., 4. or.

Zaintza partekatua kasuarekin jarraituz, esaten da objektiboki zailtasun handienak dituen gurasoari eratzkitzea etxebizitzaren erabilera hori, aipatu bezala, seme-alaben interes gorenarekin bat baldin badator. Hori horrela izanik, zaintzaren kriteriotik aldentzen da; ulertzen delako, nahiz eta zaintza ez egokitu guraso horri, berari esleituko zaiola familia etxebizitza zailtasun handienak berak baditu, berriz ere esleipena babesarekin lotuz. Dakarren arazoa da, kustodia guraso biena izatean, seme-alabak txandaka etxebizitza batetik bestera joan-etorrian ibili beharko direla, eta hori seme-alaben intereserako komenigarriena bada zalantzan jartzen da.

Beraz, zaintza eta jagoletza lortu duen gurasoari lehentasunezko bidetik etxebizitzaren esleipena egiten ez bazaio, epaileak esleipen hori ondorengo arrazoiengatik egin diezaioke beste gurasoari: beste guraso horrek zailtasun handienak dituelako, edo beste etxebizitza bat lortzeko zailtasun handienak dituelako, beti ere seme-alaben interes gorenarekin errespetatzen badu.

V. ETXEBIZITZAREN ERABILERAREN MUGA

1. Abiapuntua

Aurreko puntuarekin estu-estu lotuta dago hau, etxebizitza zein irizpideren arabera lortu den jakinda, eskubide horrek muga desberdinak izan ditzakelako. Etxebizitzaren erabileraren muga zein den ulertzeko interpretazio desberdinak daude, eta Euskadiko legeak eta Auzitegi Gorenaren jurisprudentziak ez dutenez berdina esaten, atal hau sakontzea beharrezkoa litzateke. Horretarako, lehenik eta behin gure legeko 12.5 artikuluari erreparatu beharko diogu, muga hori zein den esaten baitu.

“Etxebizitzaren erabilera guraso bati esleitzen bazaio premia-arrazoiengatik, aldi baterako egin beharko da, gehienez ere bi urterako, eta epe batez luzatua izan daiteke, baldin eta esleipenaren arrazoiak mantentzen badira. Luzapena, gehienez ere, jarritako

epea amaitu baino sei hilabete lehenago eskatu beharko da, eta, tramitazioari dagokionez, behin betiko neurriak aldatzeko ezarritako prozeduraz egin.

Familiaren etxebizitzaren eta bertako horniduraren erabilera gurasoetako bati esleituz gero hari eman zaiolako seme-alaben zaintza eta jagoletza, eskusiboa nahiz partekatua, eta etxebizitza beste gurasoarena bada modu pribatiboan edo biena amankomunean, mantenua emateko betebeharrak dirauen bitartean soilik izango du berak erabilera”.

Ondorenez, etxebizitzaren erabileraren bi muga bereiztu daitezke gure legean: lehenengoa, 12.5 artikuluko lehenengo paragrafokoa, gehienez bi urtetako muga (luzapenarekin), eta bigarrena, mantenua emateko betebeharrak iraun bitarteko muga.

AYERRAREN ustez, bi urteko muga bi kasutan egongo da: batetik, aurrerago aztertutako puntuak lotuz, zaintza eta jagoletza partekatuen kasuan, etxebizitzaren erabilera objektiboki zailtasun handienak dituen gurasoari esleitzen zaionean; eta bestetik, zaintza eta jagoletza eskusiboa ematen bada, hori lortu ez duen gurasoari esleitzen bazaio etxebizitza. Bigarren muga, bestalde, mantenuak iraun artekoa, legearen interpretazioa egin ostean atera daitekeen ondorioa da, soilik aplikatuko dela zaintza eta jagoletza eskusiboa egon, eta hori lortu duen gurasoari esleitzen zaionean etxebizitza²⁵.

SEISDEDOSEK pareko interpretazioa egiten du etxebizitzaren erabileraren mugaren kasuan, zaintza eskusiboko modalitatea ematen denean, muga mantenua emateko betebeharrak iraun bitartean egongo dela uler-tuta. Hortaz, seme-alabek 18 urte izan eta gero ere luzatu daitezke larrik:

“Creo que cabe interpretar esta norma en el sentido de que la atribución del uso no termina en estos casos con la mayoría de

²⁵ AYERRA MICHELENA, K. *Derecho civil vasco de familia*. Iruñea: Aranzadi arg., 2016, 396 or.

edad, sino que puede prolongarse más allá de la misma, en el caso de que los hijos pasen a convertirse, como es habitual, en acreedores de una obligación de alimentos entre parientes frente a sus padres, al amparo de los arts. 142 y siguientes del Código Civil. De modo que, en contra de lo que ocurre en la regulación estatal, la normativa vasca vincula claramente el uso de la vivienda a la prestación alimenticia debida a los hijos mayores”²⁶.

Autore horiek ulertzen duten modura, etxebizitzaren esleipena eman-
go litzaioke guraso bati, nahiz eta seme-alabek adin nagusikoak izan,
beste gurasoak mantenua emateko betebeharrak duen bitartean. Baina,
premiatzko arrazoiengatik esleituko balitzaio, bi urtetarako baino ez luke
izango erabilera hori, beste epe batez luzatu daitekelarik, baldin eta etxe-
bizitzaren erabilera esleitzeko premiatzko arrazoi horiek jarraitzen badute.

2. Auzitegi Gorenaren interpretazioa

Espainiako Kode Zibilak 96. artikuluan arautzen duenetik aldentzen da
Euskadiko legeko aipatutako 12.5 artikulua, baita Auzitegi Gorenak Kode
Zibileko artikulua horrengan egindako interpretaziotik eta doktrinatik ere:

*“Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.10 CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar **extinguido el derecho de uso de la vivienda**, adjudicado al hijo menor en atención*

²⁶ SEISDEDOS MUIÑO, A. “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la ley 7/2015, del Parlamento Vasco”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2015eko azaroa, 3 bis zk., 153 or.

a esa minoría de edad, **una vez alcanzada la mayoría**, entendiendo que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores.

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1o CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos²⁷.

¡Epaiko oinarri juridikoetan esandakotik ikusten da une horretan oraindik doktrinaren zati txiki batek bakarrik ikusten zuela modu horretara, hau da, behin seme-alabak adinez nagusikoak eginda, etxebizitzaren erabilera eskubidea ere amaitzen dela. Azkenean epai hori garrantzitsua bihurtu zen, ondoren ateratako epaiak 2011koan oinarritzen zirelako, eta Auzitegi Gorenaren irizpideak finkatzen joan ziren. Gehitzeko, Kontrakoa adierazi duten epaiak Auzitegi Gorenak kritikatuak izan dira azken aldian, eta horren adibide dugu ondorengo:

“En el caso que se enjuicia la sentencia recurrida valora que los hijos viven con su madre y que no tienen independencia económica encontrándose en periodo de formación por lo que, dice, sin citar jurisprudencia alguna,

²⁷ AGE 624/2011 1. sala, zibilekoa, irailaren 5ekoa. Plenoa. Errek. zk.: 1755/2008; Ildo beretik doaz ondorengo epaiak ere: AGE 183/2012 1. sala, zibilekoa, martxoaren 30ekoa. Errek. zk.: 1322/2010; AGE 707/2013 1. sala, zibilekoa, azaroaren 11koa. Errek. zk.: 2590/2011; AGE 73/2014 1. sala, zibilekoa, otsailaren 12koa. Errek. zk.: 383/2012.

*que solo cabe hacer el uso y atribución del domicilio “a los hijos por ser estos el interés más necesitado de protección” y “exclusivamente hasta la independencia económica. (...) Sin duda, el **desconocimiento de la jurisprudencia sobre esta materia** justifica el interés casacional que ha dado lugar al recurso de casación. El uso se atribuye al progenitor, como luego se dice en el fallo, y por el tiempo que prudencialmente se fije a su favor y este tiempo no es el que conviene a los hijos sino a ella, aunque pueda valorarse la circunstancia no solo de que convivan con ella los hijos, sino de que aquella custodia que se había establecido a su favor durante su minoría de edad desaparece por la mayoría de edad y si estos necesitaran alimentos, en los que se incluye la vivienda, pueden pasar a residir con cualquiera de sus progenitores en función de que el alimentante decida proporcionarlos manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Por consiguiente, la sentencia recurrida, utilizando el criterio del interés de los hijos mayores, contradice la doctrina de esta sala y ha de ser casada”²⁸.*

Aztertutakoagatik, begi bistakoa da Auzitegi Gorenak Kode Zibileko 96. artikulua interpretatzeko norabide bakarra izan duela azkenaldian. Esan bezala, badaude epaiak berriro adierazten dutenak zein den doktrina, aurrean aipatutako epaiari jarraituta. Adibide moduan, ondorengo epaian, hirugarren epaitzan adierazten da berriro finkatzen dela aipatutako doktrina:

“La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyo el uso, dice la sentencia de 11 de noviembre 2013 , deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre

²⁸ AGE 43/2017 1. sala, zibilekoa, urtarrilaren 23koa. Errek. zk.: 755/2016.

los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas”.

“3.- Reiterar como doctrina la siguiente: “la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”²⁹.

Azkenen atera den epaietariko batek ere, hain zuzen ere iazko iraileko batek, modu bertsuan interpretatzen du Kode Zibileko 96.3 artikulua, eta beraz etxebizitzaren erabileraren muga:

“Superada la menor edad de los hijos, la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refiere el tercer párrafo del art. 96 CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la sala ello «parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes”³⁰.

Aditu dugun moduan, Auzitegi Gorenak behin eta berriro errepikatzen du zein den bere doktrina: seme-alabak adin txikikoak diren birtartean ez dago arazorik etxebizitzaren erabileraren inguruan, kontua da adin nagusikoak egiten direnean jada ez dela beraien interes gorena kontuan hartzen, eta guraso biak egoera berri batean azertu behar direla.

²⁹ AGE 315/2015 1. sala, zibilekoa, maiatzaren 29koa. Errek. zk.: 66/2014.

³⁰ AGE 527/2017 1. sala, zibilekoa, irailaren 27koa. Errek. zk.: 3114/2015.

Beste era batera esateko, seme-alabek hamazortzi urte betetzerakoan, guraso bien egoera izan beharko da kontuan, seme-alabak alde batera utzita, jada ez baitira adin txikikoak; ez daukate Kode Zibileko 96. artikulua Konstituzioko 39. artikuluan oinarrituta bermatzen dien babes hori, eta familiako kide guztiak, beraz, egoera berdinean jartzen dira. Behin pareko egoera horretan jarrita, benetako babes premia koena duen gurasoari esleitu ahalko zaio etxebizitzaren erabilera hori, beti ere, zehaztuta atribuzio berri hori ez dela mugagabea.

Aipatzekoa da, hala ere, Auzitegi Gorenak askotan adierazi duela seme-alabak adin txikikoak diren bitartean ez dela aplikatuko Kode Zibileko 96.1 artikulua, eta beraz, orain aipatutako jurisprudentzia eta doktrina, baldin eta etxebizitza horrek ez badauka “familia etxebizitza” izaera, eta bestetik, seme-alabek etxebizitza hori behar ez dutenean, beste medio batzuetatik asetuta badaukate logela edo bizitoki beharra:

“Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios”³¹.

³¹ AGE 284/2016 1. sala, zibilekoa, maiatzaren 3koa. Errek. zk.: 129/2015; Ildo beretik doaz ondorengo epaiak ere: AGE 671/2012 1. sala, zibilekoa, azaroaren 11koa. Errek. zk.: 2050/2011; AGE 193/2013 1. sala, zibilekoa, martxoaren 15ekoa. Errek. zk.: 864/2011; AGE 5/2015 1. sala, zibilekoa, urtarrilaren 16koa. Errek. zk.: 2178/2013; AGE 284/2016 1. sala, zibilekoa, maiatzaren 3koa. Errek. zk.: 129/2015.

3. Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegien interpretazioa

Behin Espainiako estatuko kasua aztertu ondoren, gure lurraldeko auzitegien jurisprudentziak esaten duena hartu beharko dugu kontuan. Aipatzekoa da Auzitegi Gorenera heldutako errekurso batzuk atzera botatzen hasi direla, Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren alde inhihbituz, eskumena azken horrek daukala adierazita:

“En el presente caso nos encontramos ante un matrimonio casado en Régimen de Comunicación Foral Vasca con una hija menor de edad, nacida también en el País Vasco y con el domicilio familiar sito en Zalla (Bizkaia).

Por tanto, entendernos que el objeto del recurso queda sin contenido a los efectos de la competencia del Tribunal Supremo y en todo caso sería competencia para conocer del mismo el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en aplicación de la nueva norma que ha entrado en vigor. Es por ello que alegamos en este caso la falta de competencia territorial, funcional y objetiva para que el Tribunal Supremo pueda dirimir este recurso”³².

Horrenbestez, aurkitu ditzakegun epai guztiak EAEn kokatutako Pro-bintzia Auzitegietaoak dira, eta horren adibide ondorengoak ditugu, kasuarekin bat datozelarik:

*“Una interpretación correctora de esta norma, **permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores**, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor. Y, en la misma línea, el artículo 12.5 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, a la que ya nos hemos referido, dispone que: en el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgársele la*

³² AGE 215/2016 1. sala, zibilekoa, apirilaren 6koa. Errek. zk.: 1309/2015.

*guarda y custodia de los hijos e hijas, ya fuera exclusiva o compartida, y si la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, **dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos***»³³.

Ondoren azaldutako epaian ere berdin gertatzen da, baina oraingoan aipatzekoa da aurreko azpipuntuan azertu bezala, desberdinu egiten duela etxebizitzaren erabileraren muga; ikusi dugun bezala, ez delako berdina izango 12. artikuluko horretako zein azpipuntu aplikatu izan den, zaintza eta jagoletza eskusiboa izanda eman zaiolako kasu honetan amari etxebizitzaren erabilpena 12.2ak xedatzen duen modura, eta ez ordea 12.3ak araututakoari begira, babeserako interes nagusia duela argudiatuta. Ikusiko da beraz, ez dela mugarik jarriko printzipioz, eta gainera, 12.5 artikulua adierazitakoa errepikatzen du; hain zuzen ere, etxebizitzaren erabilera horren muga mantenua emateko betebeharrak iraun arte izango dela:

“Para el caso de no establecerse una guarda y custodia compartida, interesa el demandante la revocación del pronunciamiento que ha atribuido a la madre y los hijos menores, el uso y disfrute de la vivienda familiar, sosteniendo que solo se podía haber dejado en el uso de la esposa e hijos, dos años desde que se dictó la sentencia de instancia, de conformidad con la Ley 7/2015, o en su caso hasta la liquidación, y ello porque resulta materialmente imposible mantener los gastos que dicha vivienda genera.

El recurso no se acoge, porque en el caso de autos la atribución del uso de la vivienda se ha realizado en base a lo dispuesto en el art. 12.2 de la Ley 7/2015, en la consideración de la madre como progenitora custodia, y no en base al art. 12.3 de interés más necesitado de protección, por lo que no puede establecerse limitación alguna en el uso, siendo reiterada la doctrina del TS, recogida en la reciente sentencia de 23 de Enero de 2017, en la que se recuerda:

³³ APAE 337/2016 1. atala, urriaren 20koa. Errek. zk.: 230/2016.

7/2015 Legeko Etxebizitzaren erabileraren mugak:
irizpideak eta interpretazio desberdinak

“2.- Cuando existen hijos menores de edad el interés de éstos es el que determina la atribución del uso de la vivienda familiar, que corresponderá a ellos y al progenitor custodio (artículo 96.1 CC). Sólo existen dos factores que eliminan el rigor de la norma: (i) cuando la vivienda no tenga el carácter de familiar; (ii) cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios.

*Por su parte el art. 12.5 último Ley 7/2015, establece que se dispondrá del uso de la vivienda **mientras dure la obligación de prestar alimentos a los hijos**”³⁴.*

Hori gutzia indartzen duen epai bat badago, Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiak emandakoa 2017ko irailean. Gorago aipatu bezala, Espainiako Auzitegi Gorena aztertzen ari garen gaien inguruko kasazio errekurtoetan gure lurraldeko Auzitegi Nagusiaren alde inhibitzen da. Epaiak berriro errepikatzen du 7/2015 Legeko 12.5 artikuluko etxebizitzaren erabilpena, zaintzagarik esleitzen bada, bi hipotesi bereizten direla: batetik, etxebizitza guraso batena balitz modu pribatiboan, ulertu behar dela ez dagoela denborazko mugarik, eta bestetik, etxebizitza guraso biena izango balitz, erabilpena esleitu zaion gurasoak izango duela erabilpen hori seme-alabei mantenua emateko betebeharrak iraun bitartean. Epaian, hortaz, ondorengoa azpimarratu behar da:

“En los casos de atribución del derecho de uso por otorgamiento de la guardia y custodia, exclusiva o compartida, habrá que distinguir los dos supuestos previstos en el párrafo segundo del artículo 12.5 LRF; esto es, que la vivienda sea privativa del progenitor usuario, en cuyo caso habrá que entender que el uso no tiene carácter temporal. Y, que la vivienda fuera común o privativa del otro progenitor, en cuyo caso el progenitor al que se le haya atribuido el uso, dispondrá de éste sólo mientras dure la obligación de prestar alimentos a los hijos”³⁵.

³⁴ BPAE 249/2017, 4. atala, martxoaren 30ekoa. Errek. zk.: 476/2016.

³⁵ EAEJAN 9/2017, Zibil eta Penal arloko Sala, irailaren 18koa. Errek. zk.:2/2017.

Hala ere, zeharo garrantzitsua da esatea lehen aldiz epai honek 7/2015 Legeko 12. artikuluari buruz interpretatutakoa eta gorago aipatutako autoreek esandakoa ez datozela bat. Zehatzago esateko, Auzitegi Gorenaren interpretazioarekin lotzen saiatzen da EAEJANk ateratako epaia. Izan ere, esaten du adinez nagusi diren seme-alabak badaude, jada ez dela zaintza eta jagoletzaz hitz egin behar etxebizitzaren erabilpena esleitzerako orduan, ezpada arestian aipatutako guztiarekin bat, gurasoak egoera berean jarriz, babeserako interes gehien behar duenaren alde esleituko dela. Hortaz, 18 urtetik gorako seme-alabak baldin badaude, 12.5 artikulua ezin dela aplikatu adierazten du, eta horrenbestez Kode Zibileko 96.3 artikulura jo behar dela:

*“En el caso concreto no es aplicable el artículo 12.5 LRF, porque al ser mayor de edad la hija común, a quien se le ha reconocido pensión alimenticia en atención a lo dispuesto en los artículos 96.2 y 142 CC, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar se ha realizado por tanto, no en función del interés y conveniencia de hijos menores (favor minoris), que no existen en el caso analizado, ni tampoco en función del interés de la hija común (favor fili) de los progenitores litigantes, al ser ésta mayor de edad, sino que la justificación de la atribución del derecho de uso por el Juez y Audiencia a la esposa hoy recurrente, se realiza –insistimos– al margen y con independencia de que la hija mayor de edad resida en la vivienda familiar y carezca de ingresos propios. La justificación de dicha atribución del derecho de uso de la vivienda familiar se realiza en función, exclusivamente, del interés más necesitado de protección de los progenitores. En conclusión, **no habiendo hijos menores de edad en el caso analizado, no resulta de aplicación el repetido artículo 12.5 LRF sino el artículo 96.3 CC**”.*

Egia esan, argibide hori eman duen epai bakarra da oraindik, eta ikus-terko dago ondorengo epaiak bide beretik joango diren ala ez. Nahiz eta epai horretako interpretazioa adierazitakoa izan, epaileek aztertu duten

kasu zehatz horretan ez zegoenez adinez nagusikoak diren eta, gainera, ekonomikoki dependenteak diren seme-alabarik, ez dira egoera hori batoratzera sartu. Gure legearen printzipioak kontuan izanik, litekeena da seme-alaba adingabeekin parekatzea ekonomikoki dependenteak diren adinagusiko seme-alaben egoera. Ondorenez, horrela izango balitz, mantenua emateko betebeharra amaitu arte luzatuko litzateke etxebizitzaren erabilera eskubidea. Ziurtasun osoz jakiteko, egoera zehatz hori aztertzen duen epairen bat kasaziora heldu arte itxaron beharko da.

Aipatutako guztitik aparte, esan beharrekoa da gure lurraldean epai bat dagoela, beste guztien interpretaziotik aldentzen dena. 7/2015 Legea aplikatuta ere, muga seme-alaben adin nagusitasunean jartzen du, 12.11 e) azpiatalarekin lotuta “*Judizialki zaintzagarik esleitu bada, azkendu egingo da zaintzaren edo mantenua emateko betebeharraren bukaera edo etenagarik*” esaldia dela eta, zaintza horretan soilik erreparatuta, ondoren datorren “**edo mantenua** emateko betebeharraren bukaera edo etenagarik” bazter utzita:

“(…) en virtud del art. 12 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco, el art. 12, en sus apartados 12 y 13, de la mencionada LRFVP, regula que la extinción del derecho de uso debe llevarse a efecto por vía de ejecución de sentencia, operando en virtud de art. 12.11 de la LRFVP dicha extinción del derecho de uso en su apartado e) por finalización y cese de la guarda, es decir, por la mayoría de edad de la hija menor”³⁶.

Horren aurkakoa argudiatzeko esan daiteke alde batetik, “edo” horren atzerik datorrenari ez diola inolako kasurik egin, legegileak hori esan ez balu modura, hori aplikatu nahi ez izanda ere argi baitakar mantenua emateko betebeharra amaitu arte luzatu daitekela familia-etxebizitzaren erabilera hori.

³⁶ BPAE 16/2016, 4. atala, urtarrilaren 15ekoa. Errek. zk.: 558/2015.

Egia da arauak ez duela argitzen aukera bietatik zein izan behar den kontuan; hau da, zaintzaren amaiera edo mantenua emateko betebeharraren amaiera. Hala ere, esan bezala, 12.5.2 artikularekin lotuz gero, ondorioztatu daiteke etxebizitzaren erabileraren amaiera zehazteko baldintza erabakigarria mantenua emateko betebeharra dela, eta horrela zaintzaren amaierak etxebizitzaren erabileraren amaiera ekarriko duela mantenua betebeharra lotuta daramanean. Hortaz, interpretazio hori eginda, nahiz eta seme-alabek 18 urte baino gehiago izan, ekonomikoki beraien buruak mantentzeko nahikoa baliabide dutenean amaituko litzateke mantenua emateko betebeharra, eta lotuta, etxebizitzaren erabilera eskubidea.

Honekin bat, Auzitegi Goreneko epaiak egon dira non beren-beregi adierazi duten legegileak etxebizitzaren erabilera horrek seme-alabak adin nagusikoak direnean ere jarraitzea nahi izango balu hori islatu beharko zuela legean:

“Se considera al respecto que si hubiese querido el legislador asumir la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos mayores de edad sin independencia económica que convivan con uno de los progenitores así debió haberlo previsto de forma explícita, al modo que se hace en el art. 93 CC respecto del derecho a percibir pensión alimenticia”³⁷.

Gure legeko legegileak hori egin du bada, 12.5.2 artikuluan zehatz-mehatz adierazten du “mantenua emateko betebeharrak dirauen bitartean soilik izango du berak erabilera”. Horregatik ez da guztiz ulertzen EAEJANK emandago epaiaren argumentazioa, ikusi bezala AGk esan baitu legegileak hori nahi baldin badu horrela jarri behar duela, eta gurean horrela izan da.

³⁷ AGE 43/2017 1. sala, zibilekoa, urtarrilaren 23koa. Errek. zk.: 755/2016.

VI. MANTENUA EMATEKO BETEBEHARRA

1. Lotura puntuak

Ikusi dugu alde batetik, premiazko egoeratik esleitzen bazaio etxebizitza guraso bati, legeak muga zehatza jartzen diola. Bestalde, zaintza eta jagoletza eskusiboa edo partekatua izateagatik ematen bazaio, mantenua emateko betebeharrarekin lotzen da. Hemengo Justizia Auzitegi Nagusiko epai esanguratsuen interpretazioa da, momentuz, adinagusiko seme-alabak daudenean babeserako behar gehien duen gurasoari esleituko zaiola etxebizitza, eta hortaz ez luke mantenua emateko betebeharrak iraun arteko muga izango. Hala ere, legeak espreski ez duenez hori esaten, eta etorkizun batean gerta litekenez ekonomikoki dependenteak diren seme-alabak, adingabekoekin parekatzea, mantenua emateko betebeharrak horrek seme-alabak adinez nagusikoak direnean ere jarraituko luke, gorago esandako autoreek ulertzen duten moduan.

Komenigarria litzateke mantenua betebeharrari buruz xedatutakoa aztertzea, jakiteko noiz arte duen guraso batek mantenua betebeharrak hori, horrek adieraziko digulako etxebizitzaren erabilera eskubidea noiz azkentzen den kasu horietan:

“10.4.– Familiaren etxean diru-sarrera propiorik ez duten seme-alaba adindun edo emantzipatuak bizi badira, epaileak, haiekin bizi den gurasoak hala eskatuta, ebatzen berean ezarriko du indarrean dagoen araudiaren arabera eman beharreko mantenua.

Mantenu-pentsioa zuzenean esleitu ahalko zaie seme-alabei horiek adindunak direnean, dauden egoerak kontuan hartuta, hartatik eragotzi gabe seme-alaba horiek familia-kargei aurre egiten izan behar duten partaidetza.”

Beraz, gure legeko 10.4 artikuluko lehenengo ahapaldia Kode Zibileko 93.2 artikuluan xedatutakoaren berdina da, ezberdintasun bakarra honakoa

da: Euskadiko legean “*indarrean dagoen araudiaren arabera eman beharreko mantenua*” esaten dela, eta Kode Zibilean berriz, zuzenean esaten da lege-testu bereko 142. artikulua eta ondorengoetan xedatutakoaren arabera izango dela. Gure legea hartuta, indarrean dagoen araudia Kode Zibila dela ondorioztatzen da, eta Kode Zibilak bere 142. artikulura igortzen gaitu:

“Mantenu gisa hartzen da elikagaiak, gelak, arropak eta osasun-laguntzak izateko behar den guztia.

Halaber, mantenu-hartzailea adingabea den bitartean, mantenuak bere barruan hartzen ditu mantenu-hartzaile horren hezkuntza eta haziera; mantenu-hartzailea adin nagusikoa izanik ere, horren heziketa oraindik ez denean bukatu berari egotzi ezin zaion arrazoiaren ondorioz, heziketa horren gastuak ere mantenuaren barruan sartzen dira”.

2. Mantenua emateko betebeharraren azkentzea

EAEko legeko 12.11 e) artikuluari erreparatu beharko diogu, etxebizitza erabilera eskubidearen azkentzeari buruz ondokoa xedatzen duen aldetik: “*Judizialki zaintzagarik esleitu bada, azkendu egingo da zaintzaren edo mantenua emateko betebeharraren bukaera edo etenagarik*”.

Aipatutako artikulua lotu ostean esan dezakegu etxebizitzaren erabilera hori mantenua emateko betebeharra amaitu arte izango dela, eta hori noiz arte den jakiteko Kode Zibileko 152. artikulura jo beharko dugu horietatik gorabehera gehien dituztenak hirugarren eta bosgarren ahapaldiak izanik:

“152. artikulua. Modu berean, mantenua emateko betebeharra amaitzen da:

3. Mantenu-hartzaileak lanbidean, ogibidean nahiz industrian jardun ahal duenean, destino bat eskuratu duenean, edo, bere abe-

rastasanak hobera egiteagatik, ez duenean mantenu- pentsiorik behar bizirik irauteko.

5. Mantenu-hartzailea mantenua eman behar duenaren ondorengo denean, baldin eta mantenu-hartzaile horren beharrizana sortu bada beraren jokabidea makurra izan delako edo bera lanean ez delako arduratsua izan, betiere arrazoiak dirauen artean”.

Artikulu horien guztien lotura egin ostean, etxebizitzaren erabileraren esleipenaren mugetako bat, aditu dugunaren arabera, seme-alabei mantenua emateko betebeharra amaitu arte izan daiteke. Adinagusikoak badira, ondorioztatzen da betebeharrak hori amaituko dela seme-alabek lanbideren batean jardun ahal dutenean, ekonomikoki aurrera egiteko baliabideak dituztenean, edo mantenua jasotzeko beharrizana seme-alabak berak sortu badu bere jokabideagatik. Hortaz, etorkizun batean etxebizitzaren erabilera eskubideko muga 7/2015 Legeko 12.5 artikulua arabera esleitutakoa baltz, gorago esan bezala, adingabekoekin parekatuta, eta mantenua emateko mugarekin lotzen bada denpora hori, printzipioz, zehazgabea izan daiteke.

Jakin badakigu mantenua emateko betebeharraren babesa izango dutela adingabekoak diren seme-alabek, baina orain jurisprudentziak finkatzen duena aztertuko da mantenu eskubidearen onuradunak adinagusikoak direnean, goian adierazitako KZko 152. artikuluan oinarrituta. Beste era batera esateko, jurisprudentziaren arabera elikagai-pentsioa noiz azken daitekeen jorratuko da, 152.3 artikulua 152.5eko salbuespena baitu.

Auzitegi Gorenaren interpretazioaren arabera, KZko 152.5 artikuluan dakarrena era honetara ulertu behar da: gazteek ikasketak modu pasiboan egitea elikagai-pentsioa azkentzeko moduko arrazoia da. Hori berori esaten du azken epaietako batek, 395/2017 zenbakidunak, hain zuzen ere. Kasu horretan semeak 20 urterekin amaitu zituen DBHko ikasketak, hurrengo bi urteetan ez zen ezertan matrikulatu, eta gatazka judiziala hastean Goi Mailako Gradu bat egitera apuntatu zen:

“Alcanzada la mayoría de edad por los hijos, la obligación alimenticia se mantiene, si bien ya no de manera incondicional sino condicionada a unas determinadas circunstancias de convivencia y falta de recursos y con un contenido económico distinto. (...) la no culminación de estudios por parte de Emilio es por causa imputable a su propia actitud, dado el escaso aprovechamiento manifestado de forma continuada, pues no se trata de una crisis académica coyuntural derivada del divorcio de los padres. De lo actuado se deduce que el hijo mayor de edad reunía capacidades suficientes para haber completado su formación académica, debiéndose las interrupciones y la prolongación en el tiempo a su escasa disposición para el estudio. Tampoco consta intento de inserción laboral”³⁸.

Ildo beretik argumentatu du maiatzean ateratako AGren aztertzen ari garen gaien azken epaiak. Hain zuzen ere, epaiak adierazten du Bilboko aita batek bere 30 urteko alabari jada ez diola mantenurik eman behar. Karrera egiten dago alaba oraindik, eta aita 2007tik zegoen elikagai-pentsioa ordaintzen. Epailen arabera, alabak ez ditu ondo aprobetxatu ikasketak, eta esfortzu handiagoa egin zezakeen horiek aurrera eramateko:

*“Estamos ante una conducta acreditada de escaso aprovechamiento escolar, sin una previsión cierta de cuándo va a finalizar la fase de formación académica, con posibilidades de incorporación inmediata al mercado de trabajo. Lo cierto es, pues nada se dice, que salvo algún episodio de ansiedad que padece en los exámenes, **la hija ha podido y ha tenido ocasión de desarrollar un mayor esfuerzo para terminar su carrera, combinándolo o no con un trabajo complementario, dados los escasos recursos y sacrificios de quien le ayudaba a conseguirlo. Obligar a su padre a seguir haciéndolo coloca a este en una situación de absoluta indigencia, lo que no es posible si se tiene en cuenta, además, que los alimentos, únicamente pueden hacerse efectivos aplicando las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, siempre teniendo en cuenta que, con-***

³⁸ AGE 395/2017 1. sala, zibilekoa, ekainaren 6koa. Errek. zk.: 4194/2016.

forme al artículo 152.2 CC , esta obligación cesa ‘Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia’³⁹.

Hala ere, seme-alabek esfortzua egin arren ere, lanik aurkitu ez duten kasuak daude. Ondorengo epaian, adibidez, 27 urteko alaba bati elikagaien pentsioa ematera behartzen du aita. Argudio aipagarrienak ondorengoak dira: arduratsua izan dela bere ikasketekin; interes handia jarri duela lana bilatzen, bere ikasketetatik aparteko lanak bilatzen saiatuta, eta gizarteko errealitatea ikusita, inguruabar sozioekonomikoak ere baloratu dira. Gainera, ikasketak izatea ez da arrazoi nahikoa mantenua ez emateko, diru sarrerarik ez badu:

“La menor ha sido diligente en su formación, que ha intentado obtener trabajo y que no lo ha conseguido, pese al esfuerzo desarrollado con carácter sostenido, en áreas que no eran propias de su primera titulación lo que denota un alto interés por incrementar su potencialidad laboral, viviendo en régimen de dependencia familiar, y en la casa de la madre, por lo que no se puede aceptar la extinción de la pensión alimenticia y, en este sentido, se casa la sentencia recurrida, por infringir la doctrina jurisprudencial. (...) Por lo que se refiere a la concurrencia de titulación profesional en la hija no podemos aceptar que ello le impida percibir alimentos del padre, dado que no se acredita la percepción de ingresos por parte de la misma ni que carezca de la necesaria diligencia en el desarrollo de su carrera profesional, por lo que se incurre en la resolución recurrida, en infracción del art. 93 del C. Civil , dado que procede la percepción de alimentos en la cuantía fijada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, pues la hija convive con la madre en su domicilio y carece de ingresos suficientes, por lo que se habra de estar a lo dispuesto en el art. 142 y siguientes del C. Civil”⁴⁰.

³⁹ AGE 298/2018 1. sala, zibilekoa, maiatzaren 24koa. Errek. zk.: 2845/2015.

⁴⁰ AGE 700/2014, 1. sala, zibilekoa, azaroaren 21ekoa. Errek. zk.: 1839/2013.

Atal honekin amaitzeko, garrantzitsua da argi izatea adinagusikoak diren seme-alaba ezgaituak egonez gero, kontuan izan beharrekoa dela AGk atera zuen epaia 2014ko uztailan. Hain zuzen ere, seme-alaba ezgaituak adingabekoekin parekatzen ditu. Hortaz, diru-sarrerarik ez badute, eta familia-etxebizitzan bizi badira, mantenua jasotzeko eskubide osoa dute. Gainera, esandakoa jurisprudentzia-doktrinatzat hartu zuten:

“(…) estableciendo como doctrina jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”⁴¹.

VII. ETXEBIZITZAREN ERABILERAREN INSKRIPZIOA

Etxebizitzaren erabilera eskubidearen inguruko muga desberdinak ikusita, zalantzakoa izan daiteke hirugarrenen aurrean eskubide horrek izan dezakeen inskribagarritasuna. Egia esan, ikuspuntu desberdinak egon dira urteetan zehar, inskribatuko den eskubideak izaera erreala edo pertsonala duen eztabaidatu izan delako. Esan beharrekoa da Erregistroen eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren (ENZN) doktrina argia dela zentzu horretan, nahiz eta eskubidearen izaera eztabaidagarria izan, erabileraren inskribapena ez duela ezerk eragozten adierazi duelako. Argudio nagusia honakoa da: etxebizitza horren jabea den beste ezkontideari, hau da, etxebizitzaren erabilera aitortu ez zaionari, horren gaineko xedatze-ahalmena mugatzen zaio, eta horrek *erga omnes* ondorioak dituenetz, erregistroan sarrera izan beharko du:

⁴¹ AGE 372/2014, 1. sala, zibilekoa, uztailaren 7koa. Errek. zk.: 2103/2012.

“Siendo ello así, es claro que nada se opone a la registración pretendida, por cuanto el derecho de uso, si bien de naturaleza, personal o real, discutida, limita las facultades dispositivas del propietario de la finca (artículo 96 del Código Civil), por lo que incuestionablemente merece la protección registral. Con ello se evita la aparición de eventuales terceros que, ante la falta de inscripción del uso, invoquen la protección que dispensa el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y en el caso debatido se dan los requisitos necesarios para la inscripción: reconocimiento judicial del derecho de uso en un proceso de crisis matrimonial (artículos 90 y 91 del Código Civil), atribución del mismo al cónyuge no propietario de la vivienda (si se atribuyera al que ya es dueño la inscripción del uso sería innecesaria; cfr. Resolución de 6 de julio de 2007) , e inscripción registral de la vivienda a favor del otro cónyuge”⁴².

“(…) la necesidad de solicitar un derecho de uso de la vivienda familiar dentro de un procedimiento matrimonial a favor de uno solo de los cónyuges existe (...) porque el objetivo de esa solicitud es que se conceda el uso de una vivienda de forma excluyente con respecto al otro copropietario, limitando su capacidad de disponer sobre la cosa, lo cual merece protección registral, máxime cuando se trata de un derecho otorgado por la autoridad judicial siempre en interés en menores, lo que lo convierte en un derecho de especial relevancia, de carácter familiar y por lo tanto de orden público, debe de poder ser oponible frente a terceros con todas las garantías que otorga la publicidad registral”⁴³.

Honekin batera, Auzitegi Gorenaren epaiak ere badaude, etxebizitza-
ren erabilera esleitzeko orduan sortzen den eskubidea hirugarrenen au-
rrean defendatzeko modukoa dela, eta beraz, inskribagarria dela adieraz-
ten dutenak. Adibide ditugu, beste batzuen artean, Auzitegi Gorenaren
278/1997 eta 859/2009 epaiak:

⁴² ENZNE 2007ko irailaren 19koa. Ildo beretik doa ENZNE 2008ko urriaren 10ekoa ere.

⁴³ ENZNE 2014ko urriaren 24koa.

“La atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, en la sentencia de separación conyugal, según el artículo 96 y con la temporalidad y provisionalidad que señala el artículo 91, no es un derecho de usufructo como pretende la recurrente, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros, sin que sea unánime (ni tiene por que serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real; “derecho real familiar”. En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso: en último término a la familia: “la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso...”⁴⁴.

“El derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad”⁴⁵.

Es kubidea inskribatu daitekela ikusi ondoren, eta kasu batzuetan etxebizitzaren erabilera mantenua emateko betebeharrak iraun bitartean izan dezakenez guraso batek, horrekin lotutako administrazio-doktrinako ebaz-

⁴⁴ AGE 278/1997, 1. sala, zibilekoa, apirilaren 4koa. Errek. zk.: 1396/1993.

⁴⁵ AGE 859/2009, 1. sala, zibilekoa, urtarrilaren 10ekoa. Errek. zk.: 5806/2000. Ildo bere-tik doa: AGE 78/2012, 1. sala, zibilekoa, otsailaren 27koa. Errek. zk.: 2258/2008.

penak erreparatzea komeni da. Badaezpada, seme-alabak ekonomikoki dependenteak izateagatik, adingabeekin parekatuko balitz izan dezaketen egoera ere aztertu nahi da. Beste era batera esateko, seme-alabak 18 urtetik gora izanda, mantenua emateko betebeharrarekin lotutako etxebizitzaren erabilera eskubideak izango lukeen inskribagarritasuna jorratu nahi da.

Arazoak egon daitezke horregatik; hain zuzen ere, erabilera horren muga izango delako, lotura guztiak eginez, seme-alabak ekonomikoki independenteak direnean. Hasieran, muga hori pixka bat ambigua dela, edo zehaztasunik gabekoa dela pentsatu daiteke, baina ENZNak emandako ebazpenak daude, zeinetan adierazten den ez dela derrigorrezkoa erabilera eskubideari eperik jartzea. Erabilitako argudio batzuk honakoak dira: eskubidearen muga beti ere esleipena egin zaion ezkontidearen bizitza izango litzatekela, eta epaileak adierazitako neurriak aldagarriak direla:

*“Más dificultades plantea la cuestión de si tal derecho de uso debe tener imprescindiblemente un plazo de duración para que pueda inscribirse. **La conclusión más correcta es que tal señalamiento del plazo no es necesario, y ello porque:***

a) Si bien ha de constar en el Registro el plazo de duración de los derechos reales de carácter temporal, el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. art. 96, último párrafo, del Código Civil EDL 1889/1).

b) Tal derecho de uso, aunque no se señale un plazo de duración, siempre tendrá un término máximo: la vida del cónyuge a quien se atribuye.

c) La atribución del repetido derecho no es irrevocable, pues, como parte de las medidas que acuerda el Juez en los casos de separación y divorcio, habrán de cambiarse cuando se alteren las circunstancias (cfr. art. 91 “in

fine” del mismo cuerpo legal EDL 1889/1), con lo que el señalamiento de un plazo de duración podría inducir a confusión siendo tal plazo, por su naturaleza, esencialmente prorrogable”⁴⁶.

Hala ere, horren kontrako ebazpenak ere aurki daitezke, inskripzioa onartzen ez dutenak, gure kasuan bezala, azken finean, erabileraren muga mantenua emateko betebeharrarekin, hots, independentzia ekonomikoarekin lotuz gero, eskubide hori ez dela argia eta “espezialitate” printzipioaren aurkakoa dela argudiatzen dutenak:

“La misma falta de concreción debe considerarse que existe respecto de la duración del derecho pactado, pues si también aquí parece querer decirse que el derecho sobre el domicilio durará hasta que las hijas tengan independencia económica (...) En definitiva, la falta de claridad en cuanto al alcance del eventual derecho del cónyuge y de las hijas, respecto de su configuración y límites no se compadece con el principio de especialidad, y, sobre todo, con la claridad en la extensión del derecho que se inscribe (cfr. reglas 5.ª y 6.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario) que exige la legislación hipotecaria (...)”⁴⁷.

Aipatutako guztia kontuan izanik, esan behar da printzipioz ez litza-tekeela arazorik egon beharko premiazko beharrizanagatik lortutako etxebizitzaren erabilera eskubidea inskribatzeko. Alde batetik, haurrak adingabeak direnean muga zehatza duelako gurean; legeak markatutako 2 urte luzagarriak, hain zuzen ere. Beste aldetik, Kode Zibileko 96. artikulua aplikatuz gero, “zuhurtzira finkatutako epea” zehazten denez, epaian epe jakin bat agertuko litzatekenez, inkribagarria izango litzateke.

Amaitzeko, etorkizunean gertatu litekeen kasu hipotetikoari dagokio-nez (adinagusiko seme-alabak egonda ere 7/2015legeko 12.5 artikulua

⁴⁶ ENZNE 2004ko otsailaren 4koa.

⁴⁷ ENZNE 2014ko ekainaren 2koa.

aplikatzea) ikusi daiteke argudio ezberdinak daudela, eta beraz, inskripzioa tokiko erregistratzaileak duen irizpidea eta interpretazioaren araberakoa izango litzatekeela ulertu daiteke.

VII. ONDORIOAK

LEHENENGOA.- Nahiz eta Euskal Autonomia Erkidegoko legebiltzarren eskumenari buruzko gora-beherak egon, lege aplikagarria da Euskadiko 7/2015 Legea. Konstituzio-kontrakotasun arazoak planteatu arren ere, aztertzen ari garenari buruzko artikulua momentuz indarrean daudenez, ez dago zalantzarik arau horretako manua aplikatu beharko direla. Hala ere, ikusi den bezala, seme-alabak adinagusikoak diren kasu batzuetan, momentuz, EAEJANK esandakoaren arabera, ez da 12.5 artikulua aplikatu behar, eta horren ordez, Kode Zibileko 96. artikuluari egin behar zaio jaramon.

BIGARRENA.- Ikusi da gure lurraldeko legearentzat egokiena zaintza eta jagoletza partekatua direla, bai zioen-azalpenean, baita 9. artikulua korapilatsua interpretatu ondoren, lehentasunezko irtenbidetzat jotzen baitu. Nahiz eta urteetan zehar jurisprudenziaren irizpideez baliatu behar izan den, jada gure arauak zaintza eta jagoletzaren esleipena egiteko orduan kontuan izan beharreko irizpideak batzen ditu. Horretaz aparte, aukera dago zaintza eta jagoletza eskusiboa esleitzeko gurasoren bati, legeak zaintza eta jagoletza partekatua preferentziazkotzat jotzeagatik ez delako zuzenean modalitate hori ezarriko.

HIRUGARRENA.- Etxebizitzaren erabilerako irizpideak aztertu ostean, ondorioztatu da gurasoen premia arrazoiei garrantzia handia ematen zaiela, babes behar gehien duenaren alde eginez ahal den heinean. Hala ere, lehentasunezko irizpide moduan espreski jasotzen du 12.2 artikulua zaintza eta jagoletza duen gurasoari esleituko zaiola etxebizitzaren erabile-

ra. Kasuaren arabera baloratuko da, hortaz, etxebizitzaren esleipena zer dela-eta egiten den; premia arrazoiengatik ala zaintza eta jagoletza izateagatik.

LAUGARRENA.- Aipatutako esleipenak mugak dituela argi geratu da, baina oso desberdina da Auzitegi Gorenaren jurisprudentziak adierazten duena eta Euskadiko legeak xedatzen duena. Auzitegi Gorenaren arabera, etxebizitzaren erabileraren muga seme-alabek 18 urte betetzean da, hortik aurrera ezkontide-ohi biak pareko egoeran jarrita eta beharrian gehien duenari esleituta. Bestalde, 7/2015 Legearen arabera bi muga daude: bata, arestian aipatu bezala, premia-arrazoiengatik esleitu bada, bi urtetako muga ezartzen du, hori ere luzatu daitekalarik; bestea, zaintza eta jagoletza guraso bati eraxkitzeagatik bada, horren muga mantenua emateko betebeharrak iraun artekoa izango da.

Nahiz eta gure legeak espreski goian esandakoa jasotzen duen, EAE-JANren epaiaren arabera 12.5 artikulua seme-alaba adingabeak daudenean bakar-bakarrik aplikatuko da. Egia esan, kasu zehatz horretan ez zegoen adinagusikoa baina ekonomikoki dependentea zen seme-alabarik, eta hortaz ez zen testuinguru hori baloratu. Garrantzitsua da esatea oraindik epai bakarra izan dela esan duena 12.5 artikulua ordez, adinagusikoak dauden kasuan Kode Zibileko 96. artikulua aplikatu behar dela. Oraindik gerta liteke etorkizun batean adingabeekin parekatzea, gure legearen esentzia jarraituta. Horretarako, aipatutako egoerako inguruabarreko kasua, hots, adinagusikoa baina ekonomikoki dependentea den seme-alaba egotea, kasazioan aztertu beharko litzateke. Parekatuko balitz, etxebizitzaren erabileraren mugak mantenua emateko betebeharrak iraun arte jarraituko luke, seme-alabak adinagusikoak izan arren; egiatan, legeak esaten duena jarraituta, eta ikusi bezala, autoreek egingdako interpretazioarekin bat etorrira.

BOSGARRENA.- Ikusi dugu mantenua emateko betebeharra ondorengoak adingabeak diren bitartean derrigorrez jasoko dutela, baina adi-

nagusikoak direnean kasuaren arabera ikusiko dela. Edonola ere, mantenua emateko betebeharra KZko 152. artikuluko kasuekin amaitzen da. Irizpideen artean, gatazkatsuen da seme-alaben independentzia ekonomikoarekin amaitzen denean, salbuespena egiten diolako 5. ahapaldiak. Ahapaldi horren interpretazio nahiko argia dauka Auzitegi Gorenak. Izan ere, gazteen ikasketak aurrera eramateko moduaren arabera amai daiteke mantenuaren betebeharra. Zehatzago, esfortzu handirik egiten ez denean ikasketak burutzeko, eta ikaslearen adina kontuan hartuta, epai-leak argudio nahikoak ditu mantenua kentzeko. Hala ere, kasu zehatzaren inguruabarrak hartuko dira kontuan erabakia hartzerakoan.

Adinagusiko seme-alaba ezgaituen kasuan, adingabekoekin parekatzten da, beraz mantenua jasotzeko eskubidea izaten jarraitzen dute. Beste era batera esateko, ez da mantenua emateko betebeharra amaitzen familia-etxebizitzan jarraitzen badute eta diru-sarrerarik ez duten bitartean.

Ikusitakoaren arabera, etxebizitzaren erabilelaren muga mantenua emateko betebeharrarekin lotuta doanean, mantenua emateko betebeharrak kasu batzuetan luzaroan iraun lezakeela ikusi dugu, baldin eta gazteek lanik izan ez, eta ikasketekin ondo badoaz eta nahikoa esfortzu egiten badute. Hortaz, etxebizitzaren erabilera eskubidea 7/2015 Legeko 12.5 artikulutik badator, egunen batean adingabekoak adinagusikoekin parekatuz gero, eskubidearen muga zalantzazkoa edo zehazgabea izan daiteke, mantenuaren azkentzea jurisprudentziaren irizpideen arabera izan daitekelako.

SEIGARRENA.- Argi dago etxebizitzaren erabilera inskribatzeko modukoa dela hirugarrenen aurrean eskubideak defendatzeko, jakinik, beti ere, muga finko bat duela, hots, premia egoeratik edo babes nagusienaren beharra izategatik esleitzen denean.

Kontrara, seme-alabak adinagusikoak izanda etxebizitzaren erabilera eskubidea mantenua emateko betebeharrarekin lotuz gero, zalantzak sortu litezke inskripzioari dagokionez. Aipatutako autoreen interpretazioa-

gatik eta legeak berak zehatz-mehatz esaten duena jarraituz gero, egongo litzatekeen muga zabalagatik dator arazoa. Izan ere, kasu batzuetan ENZ-Nren ebazpenen arabera, nahiz eta muga zehatzik ez izan, inskribatu izan dituztelako eskubideok, eta bestalde, mugaren zehaztasun ezagatik kontrakoa egin duten erregistratzaileak ere egon direlako. Orotariko argudioak ikusi dira, nagusienak honakoak izanik: alde batetik, inkripzioaren aldekoak, beti ere mugaren bat egongo dela argudiatuz, hau da, eskubide hori lortu duen gurasoaren bizitzan mugatuta; bestetik, inskripzioaren kontrakoak, seme-alaben independentzia ekonomikoaren muga zehazgabea dela argudiatuta.

VIII. BIBLIOGRAFIA ETA ITURRIAK

1. Bibliografia

- AYERRA MICHELENA, K. *Derecho civil vasco de familia*. Iruñea: Aranzadi arg., 2016.
- BECERRIL, D. eta VENEGAS, M. *La custodia compartida en España*. Madril: Dykinson arg., 2017.
- CELAYA IBARRA, A. *Curso de derecho civil vasco*. Bilbo: Deusto arg., 1998.
- DELGADO ECHEVARRIA, J. “Los derechos civiles forales en la Constitución”. *Revista Jurídica de Cataluña*. 1979, 3. zk., 643-688 orr.
- GONZALEZ DEL POZO, J. P. “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”. *Abogados de Familia*. 2011ko bigarren seihilekoa, 60 zk., Tribuna Abierta atala, La Ley arg., 4. or.
- LACRUZ BERDEJO J. L. *Elementos de Derecho civil*. I tomoa, I bol., Bartzelona: Dykinson arg., 1982.
- MÚRTULA LAFUENTE, V. *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Madril: Dykinson arg., 2016.

PERALTA CARRASCO, M. Derecho de familia: *nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*. Madril: Dykinson arg., 2017.

ROCA I TRIAS, M. E. “El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978”. *Revista Jurídica de Cataluña*. 1979, 1. zk., 7-36 orr.

SEISDEDOS MUIÑO, A. “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la ley 7/2015, del Parlamento Vasco”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2015eko azaroa, 3 bis zk., 145-163 orr.

2. Iturriak

A. Legeria

Espainiako Konstituzioa

3/1979 Lege Organikoa, abenduaren 18koa Euskal Autonomia Erkidegoko Estatutuarena. EAO, 1979ko abenduaren 22a, 306 zk. 30177 or.

6/2006 Lege Organikoa, uztailaren 19koa Kataluniako Autonomia Estatutua erreformatzekoa. EAO, 2006ko uztailaren 20a, 172 zk. 27269 or.

Kode Zibila

7/2015 Legea, ekainaren 30ekoa, Gurasoen Banantze edo Haustura Kasuetako Familia Harremani buruzkoa, EHAA 129. zk. 2015ko uztailaren 10a.

B. Jurisprudentzia

Konstituzio Auzitegia

KAE 41/2018 zk., Plenoa, apirilaren 26koa, 5. o.j.

KAE 95/2017 zk., Plenoa, uztailaren 6koa, 4. o.j.

KAE 31/2010 zk., Plenoa, ekainaren 28koa, 76. o.j.

KAE 88/1993 zk., Plenoa, martxoaren 12koa, 3. o.j.

Auzitegi Gorena

- AGE 298/2018 1. sala, zibilekoa, maiatzaren 24koa. Errek. zk.: 2845/2015.
- AGE 527/2017 1. sala, zibilekoa, irailaren 27koa. Errek. zk.: 3114/2015.
- AGE 395/2017 1. sala, zibilekoa, ekainaren 6koa. Errek. zk.: 4194/2016.
- AGE 43/2017 1. sala, zibilekoa, urtarrilaren 23koa. Errek. zk.: 755/2016.
- AGE 284/2016 1. sala, zibilekoa, maiatzaren 3koa. Errek. zk.: 129/2015.
- AGE 215/2016, 1. sala, zibilekoa, apirilaren 6koa. Errek. zk.:1309/2015.
- AGE 143/2016, 1. sala, zibilekoa, martxoaren 9koa. Errek. zk.: 1849/2014.
- AGE 390/2015, 1. sala, zibilekoa, ekainaren 26koa. Errek. zk.: 469/2014.
- AGE 315/2015 1. sala, zibilekoa, maiatzaren 29koa. Errek. zk.: 66/2014.
- AGE 5/2015 1. sala, zibilekoa, urtarrilaren 16koa. Errek. zk.: 2178/2013.
- AGE 700/2014 1. sala, zibilekoa, azaroaren 21ekoa. Errek. zk.: 1839/2013.
- AGE 576/2014, 1 sala, zibilekoa, urriaren 22koa. Errek. zk.: 164/2014.
- AGE 372/2014, 1. sala, zibilekoa, uztailaren 7koa. Errek. zk.: 2103/2012.
- AGE 73/2014 1. sala, zibilekoa, otsailaren 12koa. Errek. zk.: 383/2012.
- AGE 707/2013 1. sala, zibilekoa, azaroaren 11koa. Errek. zk.: 2590/2011.
- AGE 257/2013, 1. sala, zibilekoa, apirilaren 29koa. Errek. zk.:2525/2011.
- AGE 193/2013 1. sala, zibilekoa, martxoaren 15ekoa. Errek. zk.: 864/2011.
- AGE 671/2012 1. sala, zibilekoa, azaroaren 11koa. Errek. zk.: 2050/2011.
- AGE 183/2012 1. sala, zibilekoa, martxoaren 30ekoa. Errek. zk.: 1322/2010.
- AGE 78/2012, 1. sala, zibilekoa, otsailaren 27koa. Errek. zk.: 2258/2008.
- AGE 624/2011 1. sala, zibilekoa, irailaren 5ekoa. Plenoa. Errek. zk.: 1755/2008.
- AGE 859/2009, 1. sala, zibilekoa, urtarrilaren10ekoa. Errek. zk.: 5806/2000.
- AGE 278/1997, 1. sala, zibilekoa, apirilaren 4koa. Errek. zk.: 1396/1993.

Justizia Auzitegi Nagusiak

EAEJAN 9/2017, Zibil eta Penal arloko Sala, irailaren 18koa. Errek. zk.:2/2017.

Probintzia Auzitegiak

GPAA 31/2018, 2. atala, urtarrilaren 25ekoa. Errek. zk.: 2279/2017

BPAE 424/2017, 4. atala, ekainaren 9 koa. Errek. zk.: 227/2017.

BPAE 409/2017, 4. atala, ekainaren 1ekoa. Errek. zk.: 237/2017.

GPAA 149/2017, 2. atala, maiatzaren 29koa. Errek. zk.: 2257/2016.

BPAE 249/2017, 4. atala, martxoaren 30ekoa. Errek. zk.: 476/2016.

BPAE 126/2017, 4 atala, otsailaren 20koa. Errek. zk.: 280/2016.

APAE 337/2016 1. atala, urriaren 20koa. Errek. zk.: 230/2016.

BPAE 420/2016, 4. atala, ekainaren 30ekoa. Errek. zk.: 206/2016.

BPAE 299/2016, 4. atala, maiatzaren 12koa. Errek. zk.: 106/2016.

BPAE 16/2016, 4. atala, urtarrilaren 15ekoa. Errek. zk.: 558/2015.

EBAZPENAK

ENZNE 2014ko urriaren 24koa.

ENZNE 2014ko ekainaren 2koa.

ENZNE 2008ko urriaren 10ekoa

ENZNE 2007ko irailaren 19koa.

ENZNE 2004ko otsailaren 4koa.

La limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: evolución legislativa y análisis comparativo*

IRENE MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Doble grado en Administración y
Dirección de Empresas y Derecho
Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 16/09/2019

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 5/11/2021

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar la evolución en el tratamiento legal de la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros como instrumento para evitar la elusión fiscal, tanto a nivel supranacional, como nacional y, más concretamente, en el ámbito foral; así como el estudio de las cuestiones más problemáticas derivadas de la aplicación práctica de la citada limitación a la deducibilidad de los gastos financieros.

Palabras clave: Gastos financieros, deducibilidad, elusión fiscal, Derecho foral, Impuesto sobre Sociedades.

*Trabajo premiado en la IV Edición del “Premio Adrián Celaya para Jóvenes Juristas”, otorgado por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, en septiembre de 2019

**Sozietateen gaineko Zergan finantza gastuen kengarri izaerako mugak:
lege bilakaera eta azterketa konparatiboa**

Laburpena: Testu honetan aztertzen dira halako aukerak, finantza gastuak erabiltzeko elusio fiskala saihesteko, nazioaren gaineko zein nazio mailan eta are zehatzago, foru mailan. Orobat, aztertu egiten dira gai korapilatsuenak, praktikan sortzen direnak finantza gastuen kengarri izaerak dituen mugen aplikazio praktikoa aintzat harturik.

Gako-hitzak: Finantza gastuak, kengarri izaera, elusio fiskala, Foru zuzenbidea, Sozietateen gaineko Zerga.

**The limitation of the deductibility of financial expenses in the corporate
income tax: legislative evolution and comparative study**

Abstract: This works object is the analyses of the evolution of the legal regulation of the limitation of the deductibility of financial expenses as an instrument to avoid fiscal elusion, in both supranational and national levels, and more over, in the Charter Law area; as well as the study of the most problematic issues in the application of the aforementioned limitation of the deductibility of financial expenses.

Key words: financial expenses, deductibility, fiscal elusion, Chartered Law, corporate income tax.

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO DE LAS NORMAS SOBRE SUBCAPITALIZACIÓN. II. MEDIDAS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO COMUNITARIO. 2.1 Plan BEPS. 2.2 Anti Tax Avoidance Package. III. LAS NORMAS ANTI-SUBCAPITALIZACIÓN Y SUS PROBLEMAS DE INCOMPATIBILIDAD. 3.1 El principio de independencia y la subcapitalización en el Modelo Convenio de la OCDE. 3.2 La norma anti-subcapitalización en el ordenamiento jurídico español. IV. DE LA SUBCAPITALIZACIÓN A LA LIMITACIÓN A LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. V. TRATAMIENTO DE LOS GASTOS FINANCIEROS EN LA LEY 27/2014, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. 5.1 El límite general del artículo 16 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades. 5.2 La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en la compra de acciones apalancada. 5.3 La no deducibilidad de gastos financieros en las operaciones intragrupo. VI. EL TRATAMIENTO DEL EXCESO DE GASTOS FINANCIEROS EN LA NORMA FORAL DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES DE BIZKAIA. 6.1 El origen de la regla de subcapitalización en la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades de Bizkaia. 6.2 La regla de subcapitalización de la Norma Foral 11/2013, del Impuesto sobre Sociedades. 6.3 Efectos del artículo 47 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades. 6.4 La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en la Norma Foral 11/2013. 6.5 El doble límite del artículo 47 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades y su conciliación con el artículo 25.bis. VII. CONCLUSIÓN. VIII. BIBLIOGRAFÍA. ANEXO I. Criterio de imputación temporal de la LIS. ANEXO II. La limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en la Norma Foral 11/2013. ANEXO III. El doble límite de la Norma Foral 11/2013. ANEXO IV. Comparativa ATAD, LIS y NFIS.

LISTADO DE ABREVIATURAS

BEPS:	Base Erosion Profit Shifting.
BOE:	Boletín Oficial del Estado
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea
EBITDA:	Earning Before Interest, Tax, Depreciation and Amortization
ECOFIN:	Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión Europea
LIS:	Ley del Impuesto de Sociedades
NFIS:	Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades.
PGC:	Plan General Contable
OCDE:	Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico
TCE:	Tratado Constitución de la Comunidad Europea.
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLIS:	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
TS:	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO DE LAS NORMAS SOBRE SUBCAPITALIZACIÓN

Desde la óptica tributaria, a la financiación con recursos ajenos se le otorga un tratamiento divergente frente a la financiación con fondo propios, lo cual resulta en una carga tributaria final distinta tanto para el sujeto que percibe la financiación como para aquel que la aporta, como consecuencia del diferente régimen tributario aplicable a la remuneración de uno y otro tipos de financiación¹.

Mientras que en el primer caso dicha retribución la constituye el pago de intereses, que, en general, tienen carácter de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades, la financiación con recursos propios se remunera con dividendos, que no gozan de dicho carácter. Desde la perspectiva del financiador los intereses son una renta sujeta a gravamen mientras que los dividendos, sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, se consideran exentos para el accionista persona jurídica.

Esta diferencia de tratamiento entre financiación ajena y propia incide directamente sobre la base imponible de los sujetos, lo cual se agudiza cuando nos referimos a estructuras de financiación transfronterizas², en las que entran en juego las diferencias impositivas entre países, que hacen que la operación pueda no tener un carácter netamente neutro tomando en consideración el grupo de entidades afectadas. En atención a lo anterior, por tanto, la decisión sobre cómo financiar una sociedad tiene importantes consecuencias fiscales, no existiendo, en principio, ninguna

¹ TABOADA, C., “La subcapitalización y los convenios de doble imposición” en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 137/138, 1995, p. 79.

² FUSTER TOZER, R., DURÁN HAEUSSLER, C., VILLALÓN PÉREZ-ARTACHO, J., ARTAMENDI GUTIÉRREZ, AL., “Capítulo IV. Acción 4: Limitación de la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros” en *Plan de acción BEPS: Una reflexión obligada*. Madrid: Fundación de Impuestos y Competitividad, 2017, p. 97 y 98.

limitación respecto a dicha decisión³. Ello implica que en el contexto de un grupo de sociedades pudiera resultar ventajoso que la matriz financie a una de las filiales mediante préstamos, en lugar de mediante aportación de capital para obtener un trato fiscal más favorable⁴.

Como reconoce la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE⁵), el dinero es un bien móvil y fungible, y dicho carácter, junto con la globalización y apertura comercial, facilitan el flujo de capitales financieros. Ello permite a los grupos multinacionales financiar sus operaciones transfronterizas de forma óptima y eficiente mediante recursos tanto propios como ajenos⁶, dando lugar a la obtención de mejores resultados al incidir sobre su nivel de endeudamiento, minimizando sus obligaciones tributarias.

Los grupos multinacionales pueden obtener dicho resultado bien mediante el ajuste de la deuda del grupo, bien con la utilización de instrumentos financieros para realizar pagos equivalentes a los intereses pero no sometidos a la limitación de la deducibilidad de estos⁷. Al concentrar los grupos la financiación ajena en algunas de las entidades del grupo, consiguen disminuir la base imponible del mismo y localizarla en otros

³ VEGA BORREGO, F.A. “La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario”. En *Crónica Tributaria*, nº 104. 2002, p. 5-6.

⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. L.A. Geelhoed presentadas el 29 de junio de 2006- Asunto C-524/04.

⁵ OCDE, “Resúmenes. Informes Finales 2015” en *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. 2015, p. 17.

⁶ FUSTER TOZER, R., DURÁN HAEUSSLER, C., VILLALÓN PÉREZ-ARTACHO, J., ARTAMENDI GUTIÉRREZ, AL., *op. cit.*, p. 97.

⁷ PAREJO GARCÍA, B., “La regla de la delimitación de deducibilidad de intereses” en ALMUDÍ CID, J.M. *La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea*. Ed. Aranzadi S.A.U. 2018, p. 1 (BIB 2018\11536).

territorios, alejándose del principio por el que se habría de tributar en un determinado territorio por los beneficios que en él se generan⁸.

En la actualidad, es considerable la preocupación de los países de la OCDE y de otros organismos internacionales por el fraude fiscal y la elusión de impuestos, que se ha generado como producto derivado del fenómeno de la globalización. Así, se observa el incremento en la constitución de empresas en territorios poco o nada colaboradores con las autoridades tributarias de otros países y con sistemas de baja o nula tributación, trasladando a ellos los beneficios obtenidos, como parte de lo que se ha venido a denominar política fiscal agresiva⁹. A pesar de los esfuerzos a nivel internacional y supranacional para promover la armonización de los sistemas impositivos nacionales, no se ha conseguido desarrollar una normativa fiscal internacional coordinada, dejando la puerta abierta, en consecuencia, a la utilización de estructuras fiscales que permiten minorar la tributación¹⁰, incrementando en consecuencia la competencia fiscal entre Estados¹¹.

El presente trabajo tiene por objeto dar una visión de la evolución en el tratamiento legal de la limitación a la deducibilidad de gastos financieros como medio para evitar la elusión fiscal, tanto a nivel supranacional, como nacional y, más concretamente, foral, así como analizar las cuestiones más problemáticas que surgen de la aplicación de esta limitación.

⁸ ALONSO ARCE, I., *La limitación a la deducción de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades*. Forum Fiscal, n° 234. Junio 2018.

⁹ LAGO MONTERO, J. M., *Planificación fiscal agresiva, BEPS y litigiosidad*. Ars Iuris Salmanticensis. Estudios. Vol. 3, diciembre 2015, p. 55-73.

¹⁰ FUSTER TOZER, R., DURÁN HAEUSSLER, C., VILLALÓN PÉREZ-ARTACHO, J., ARTAMENDI GUTIÉRREZ, AL., *op. cit.*

¹¹ GÓMEZ SUÁREZ, M. A., *La intervención de la fiscalidad en el desplazamiento interjurisdiccional de las estructuras financieras de los grupos multinacionales*. A Coruña: Universidade Da Coruña, 2015, p. 2.

II. MEDIDAS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO COMUNITARIO

2.1 Plan BEPS

Con las siglas BEPS (Base Erosion Profit Shifting) se alude a las estrategias de planificación fiscal que explotan los vacíos y desajustes legales para desplazar beneficios a territorios de baja o ninguna imposición a través de esquemas que, en la mayoría de los casos, no son ilegales pero atentan contra la justicia e integridad de los sistemas fiscales al permitir a las empresas que operan a nivel internacional conseguir ventajas competitivas sobre las empresas que operan a nivel doméstico¹². Así, en 2013, la OCDE y los países miembros del G20 adoptaron un plan compuesto de quince acciones contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios que han de ser implementadas a través de reformas de la legislación doméstica y de los tratados internacionales¹³. Este proyecto tiene por finalidad evitar la planificación fiscal agresiva, asegurar que los beneficios son gravados en el territorio en el que se generan, posibilitar un intercambio automático de información entre las administraciones tributarias y frenar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios¹⁴. Las acciones, que se configuran como recomendaciones y propuestas y no como normas jurídicamente vinculantes, se articulan en torno a tres ejes: nuevos estándares internacionales para asegurar la coherencia del impuesto sobre sociedades a nivel

¹² OCDE. “Progress report July 2017–June 2018” en *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*. 2018, p. 4.

¹³ OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4, 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing. 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en> (Última consulta 21 de marzo de 2019).

¹⁴ OTAEGI, I., ARMESTO, D. Material “Fiscalidad Internacional” del máster en Asesoría Fiscal. Cámara de Comercio, Bilbao.

internacional, realinear la fiscalidad sobre la base de la sustancia de las actividades económicas y mejora de la transparencia¹⁵, y son desarrolladas por una serie de informes cuya versión definitiva fue publicada en octubre de 2015. Dichos informes configuran unos estándares mínimos, metodologías comunes y recomendaciones de nuevas prácticas¹⁶, así como otras medidas tendentes a revisar los estándares internacionales para la eliminación de la doble imposición, entre las cuales se encuentra la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros.

El Informe BEPS identificó que, de hecho, “el uso de los gastos financieros por los grupos multinacionales es uno de los mecanismos de planificación fiscal internacional más sencillos para desplazar bases imponibles”¹⁷. Los grupos, de acuerdo a los Informes Finales BEPS¹⁸, hacen uso de instrumentos financieros para realizar pagos de intereses mediante formas jurídicas diversas para sortear la limitación de la deducibilidad de gastos financieros, erosionando de dicha manera su base imponible a través del traslado de beneficios. Así, el grupo “concentra un elevado nivel de deuda en entidades independientes de países con alta tributación”, o “utiliza préstamos intragrupo para generar deducciones por intereses superiores a los gastos efectivamente incurridos por pago de intereses a terceros” o “utiliza financiación obtenida de empresas del grupo o a entidades independientes para generar rentas no sometidas a gravamen”.

¹⁵ MARTÍN SESMA, F. “Medidas del proyecto BEPS implantadas por la UE y en el reino de España: territorio de régimen común y territorios forales” (I). *Forum Fiscal*, n° 244, julio 2018.

¹⁶ MENDOZA LÓPEZ, D.T., VALDEZ AGUIRRE, F., *El plan de acción OCDE/G20 en la construcción del pacto global por la justicia fiscal*. Cizur Menor: Ed. Aranzadi, S.A.U. 2018, p. 3.

¹⁷ LÓPEZ RIBAS, S. “El principio de libre competencia y los gastos financieros”. *La Ley* 788/2016, p. 5

¹⁸ OCDE, “Resúmenes. Informes Finales 2015” en *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. 2015, p. 17.

En concreto, la Acción 4 del Informe de la OCDE, siguiendo la línea marcada por la Resolución del ECOFIN de 8 de junio de 2010, pretende “limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros”¹⁹. Considera que la deducción excesiva de intereses debe ser abordada de manera coordinada entre los países por los riesgos que implica para la competencia y para evitar que se genere una doble imposición. Así, la OCDE propone una metodología común para prevenir ese fenómeno e insta al diseño de normas para prevenir la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios mediante la deducción de intereses. En concreto, sugiere dos normas: un ratio fijo y un ratio global. Recomienda la fijación de un ratio que limite las deducciones netas por intereses de la entidad a un porcentaje de entre el 10% y el 30% del beneficio antes de intereses, depreciaciones y amortizaciones e impuestos o EBITDA, y que será, como mínimo, aplicable, a entidades que formen parte de un grupo. Dicho límite puede ser complementado por un ratio global a nivel de grupo que permita superar el primero en circunstancias determinadas. De esta manera se pretende que los gastos financieros realmente deducidos guarden relación directa con la renta imponible derivada de la actividad económica de la entidad y evita, en efecto, la doble imposición.

Al amparo de la acción 4, se permite la adopción de otras disposiciones como la fijación de un umbral impositivo deducible mínimo, la exclusión de intereses pagados a terceros prestamistas, la no sujeción del sector bancario y de seguros a estas normas o la traslación o imputación de gastos por intereses no deducidos y la capacidad no utilizada a ejercicios subsiguientes.

¹⁹ OCDE, “Nota explicativa. Informes Finales 2015” en *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. 2015, p. 17.

Los informes finales de BEPS son instrumentos de *soft law*, por lo que requieren de la labor de los gobiernos para su implementación a través de legislación.

2.2 Anti Tax Avoidance Package

El Anti Tax Avoidance Package (en adelante ATAP), que refleja una clara apuesta de la Unión Europea por la armonización de las soluciones adoptadas en materia de elusión fiscal²⁰, forma parte de la agenda de la Comisión Europea en aras de una imposición corporativa más justa, simple y efectiva en la Unión Europea que garantice una fiscalidad eficaz, transparencia fiscal y condiciones equitativas²¹ a través de medidas de prevención de la planificación fiscal agresiva y de transparencia, llamando a los Estados Miembros a llevar a cabo una acción coordinada contra la evasión fiscal²². Dentro de los elementos que componen este “paquete” se encuentra la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio²³, o Directiva anti-abuso por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, también conocida como Anti Tax Avoidance Directive o ATAD, principal exponente de la denominada “BEPS europea”²⁴.

²⁰ MERINO JARA, I., *BEPS, Unión Europea y Hacienda Foral. Proyecto de Investigación “La residencia fiscal ante la diversidad de poderes tributarios desde la perspectiva del País Vasco”*. DER2015-63533-C4-1-P. MINECO/FEDER.

²¹ MARTÍN SESMA, F., *op. cit.*

²² EUROPEAN COMMISSION. Anti Tax Avoidance Package. https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_en (Última consulta 9 de marzo de 2019).

²³ Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio. “DOUE” L 193/1, de 19 de julio de 2016 .

²⁴ GARCÍA NOVOA, C. *La deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto de Sociedades*. Madrid: Marcial Pons. 2016, p. 13.

ATAD, que fue reformada en 2017 por la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017²⁵ (ATAD II), contiene cinco medidas anti-abuso con carácter vinculante que deben ser aplicadas por los Estados para combatir las formas habituales de la planificación fiscal agresiva y que han de ser de aplicación desde el 1 de enero de 2019²⁷. Entre ellas se encuentra la limitación en la deducibilidad de intereses, que tiene como finalidad desincentivar los ajustes de la deuda con el objeto de minimizar la tributación y que sigue en general lo recomendado por la acción 4 de BEPS.

El artículo 4 de esta Directiva, bajo la rúbrica “Norma relativa a la limitación de los intereses” establece una *ceiling rule*, que limita la deducibilidad de los intereses al 30% del EBITDA del contribuyente, y una serie de medidas de escape que permiten la no limitación de la deducibilidad cuando los gastos no superen los tres millones de euros, no limitación para entidades aisladas, no pertenecientes a un grupo, y una ratio global de grupo que habilita la deducibilidad de intereses por encima del ratio fijo en atención al gasto financiero neto y EBITDA del grupo a nivel mundial.

La Directiva se constituye como una norma de mínimos, pudiendo los Estados incrementar las exigencias dentro del respeto de las libertades fundamentales, y se plantea como una solución temporal hasta la adopción en la Unión Europea de una Directiva relativa a una base

²⁵ Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017. “DOUE” L 144/1, de 7 de junio de 2017.

²⁶ La Directiva 2017/952 introdujo dos nuevos incisos, el inciso ii de la letra a del apartado 5 y el apartado 8, al artículo 4 de la Directiva 2016/1164.

²⁷ EUROPEAN COMMISSION. The Anti Tax Avoidance Directive. https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package/anti-tax-avoidance-directive_en (Última consulta 9 de marzo de 2019).

imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS o CCCTB) en la que trabaja el Consejo²⁸.

III. LAS NORMAS ANTI-SUBCAPITALIZACIÓN Y SUS PROBLEMAS DE INCOMPATIBILIDAD

3.1 El principio de independencia y la subcapitalización en el Modelo Convenio de la OCDE

El principio de independencia o libre competencia o *arm's length principle* tiene por objeto garantizar la distribución del poder tributario de los Estados en relación con las rentas internacionales²⁹ y exige que las partes en una transacción, incluso las vinculadas, deban actuar como sujetos independientes, con sujeción a las condiciones de mercado.

Ello se traduce, en lo relativo a los gastos financieros por endeudamiento de empresas vinculadas, en una serie de reglas de valoración plasmadas en el artículo 9 del Modelo Convenio OCDE³⁰ y en las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE³¹, así como en la regulación de los gastos financieros derivados de un exceso de endeudamiento con entidades vinculadas no residentes en los ordenamientos jurídicos nacionales³².

²⁸ CONSEJO EUROPEO. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/ccctb/> (Última consulta 9 de marzo de 2019).

²⁹ VEGA BORREGO, F.A., *op. cit.* p. 7.

³⁰ OCDE. *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio*. 2010, p. 188.

³¹ OCDE. *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*. 2010, p. 40.

³² LÓPEZ RIBAS, S., *El principio de libre competencia y los gastos financieros*. 2016 (*La Ley* 788/2016).

Un préstamo concedido en situación de mercado se define como aquel que habrían obtenido partes no vinculadas³³, de suerte que el pago de intereses que no satisfaga dicha condición será considerado, de acuerdo al artículo 9.1 del Modelo Convenio, como participación en beneficios³⁴.

Los propios comentarios al Modelo Convenio prevén que los Estados puedan aplicar sus propias normas de subcapitalización siempre que su efecto sea asimilar los beneficios obtenidos por el prestatario a la cantidad que habría obtenido en una situación de libre competencia, sin incrementar la base imponible de la entidad doméstica más de lo que se habría obtenido de acuerdo al principio de libre competencia.

3.2 La norma anti-subcapitalización en el ordenamiento jurídico español

En el ordenamiento jurídico español se abordó la problemática relativa a los gastos financieros por endeudamiento de empresas vinculadas mediante una regla de subcapitalización. La subcapitalización se conceptúa como aquella situación en la que, por la prevalencia de los fondos ajenos sobre los propios, la entidad minora su carga tributaria, disminuyéndose de esta manera la recaudación de la Hacienda Pública³⁵. Este fenómeno

³³ Distinguen algunos autores (LÓPEZ RIBAS) a este respecto entre lo que denominan “could approach” y “would have approach”. Así, el primero entiende que el importe máximo de endeudamiento que generaría intereses deducibles es aquel que un tercero independiente habría prestado, mientras que el segundo defiende que dicho importe se determina en referencia al importe de endeudamiento que el prestatario habría suscrito de haber actuado en condiciones de libre competencia por responder a la necesidad comercial del prestatario.

³⁴ OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital (Condensed version as it to read on 21 november 2017)*. 2017, p. 226.

³⁵ CENCERRADO MILLÁN, E. “La subcapitalización” en *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, p. 637.

de manipulación de la proporción de endeudamiento y capital ha sido considerado abusivo por muchos Estados dando lugar a medidas para prevenir su utilización.

En la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978³⁶, en su artículo 16.9, fruto de la modificación operada por la Ley 18/1991, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas³⁷, se contemplaban los efectos tributarios derivados de los préstamos realizados por entidades vinculadas no residentes en condiciones distintas a las de mercado con el ánimo de obtener una minoración de la carga fiscal por medio de la deducción de intereses, estableciéndose reglamentariamente un coeficiente máximo de endeudamiento sobre capital³⁸. Es en la Ley del Impuesto de Sociedades de 1995³⁹ donde, en su artículo 20, se establece por primera vez una norma de subcapitalización propiamente dicha. Dicho precepto preveía un ratio fijo sobre la cifra del capital fiscal medio del periodo impositivo de suerte que los intereses correspondientes al endeudamiento neto medio del periodo impositivo que superase el importe de tres veces dicha cifra tendrían la consideración de dividendos. A los efectos de la aplicación de este artículo solo era tenido en cuenta el endeudamiento neto de una entidad “con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada” y excluía de su ámbito de aplicación a las entidades financieras.

³⁶ Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1978).

³⁷ Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE núm. 136, de 7 de junio de 1991).

³⁸ CHEVARRÍA, Z. “La naturaleza jurídica de la norma de subcapitalización y su aplicación práctica como norma doméstica antielusión en el Reino de España”. *Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas*, año 3, número 5. 2008, p. 14.

³⁹ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1995).

Permitía el apartado tercero del precepto, toda vez que existiera un convenio de doble imposición entre los Estados de las entidades prestamista y prestataria, la sumisión de una propuesta de coeficiente distinto a la Administración tributaria “fundada en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiera podido obtener en condiciones normales de mercado con personas o entidades no vinculadas”, de acuerdo con lo dispuesto por las normas de precios de transferencia contenidas por el artículo 16.6 del mismo cuerpo legal.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mostrado su disconformidad con las normas anti-abuso que se aplican sin que se verifique la concurrencia de fraude, exigiendo, en cualquier caso, el respeto de las libertades fundamentales⁴⁰.

En este sentido, en la sentencia *Lankhorst-Hohorts* del TJUE⁴¹ recaída en el asunto C-324/00, se declara que la normativa alemana de subcapitalización contenida en la ley del impuesto de sociedades alemán, similar a la entonces vigente en España y en los territorios forales, era contraria a la libertad de establecimiento promulgada por el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 43 TCE)⁴². Consideró el TJUE que la normativa alemana no se limitaba a sancionar montajes puramente artificiales tendentes a minorar la carga tributaria sino que se aplicaba a cualquier situación en la que la sociedad matriz estuviera domiciliada fuera de Alemania.

⁴⁰ RUIZ ALMENDRAL, V. “Subcapitalización y libertad de establecimiento: el caso ‘Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation’ como una oportunidad para rehabilitar el artículo 20 del TRLIS”, 2008, p. 26, citado en BARCIELA PÉREZ, J.A. “Subcapitalización y libre circulación de capitales”. El asunto *Itelcar C-282/12* (BIB 2014\2156).

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2002, as. C-324/00, *Lanhorst Hohorst* (ECLI:EU:C:2002:749).

⁴² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DOUE* C 326/49.

Entiende dicho Tribunal, además, que concurre vulneración de la libertad de establecimiento cuando se introduce una diferencia de trato entre filiales residentes según si su matriz está o no domiciliada en el país en cuestión (en este caso, Alemania), por hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento por sociedades domiciliadas en un Estado Miembro distinto de aquel en el que se adoptare dicha disposición, y siempre que dicha diferencia no estuviera justificada por “razones imperiosas de interés general”.

Para la adaptación de la normativa española a la jurisprudencia comunitaria, la Ley 62/2003⁴³, añadió un apartado cuarto al artículo 20 de la Ley de Impuesto de Sociedades de 1995, por el cual la norma anti-subcapitalización “no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal”, ampliando el Tribunal Supremo la exclusión a países con los que España tuviera suscrito un convenio de doble imposición⁴⁴.

Así, por tanto, la aplicación de la norma anti-subcapitalización del artículo 20 de la LIS, tras la reforma operada por la Ley 62/2003, exigía la concurrencia de una serie de requisitos:

- Vinculación entre la persona o entidad prestamista y prestataria.
- Que la sociedad residente estuviera endeudada con personas o entidades no residentes en la Unión Europea o localizadas en un territorio calificado como paraíso fiscal.

⁴³ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003).

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 1 de octubre de 2009, nº 1696/2004 (RJ 2010\947).

-Que el endeudamiento neto remunerado medio del periodo impositivo excediera del triple del capital fiscal medio de dicho periodo.

La modificación operada en el artículo 20 fue criticada por la doctrina por considerarla desproporcionada⁴⁵, puesto que se excluía de su aplicación a todas las entidades vinculadas de la Unión Europea, salvo que estuvieran en un paraíso fiscal, sin tomar en consideración si se trataba o no de un montaje puramente artificial. Esta postura se vió apoyada por sentencias posteriores del TJUE como *Test claimants in the Thin Group Litigation*^{46 47} y *Lammers & Van Cleef*⁴⁸. En efecto, estos pronunciamientos afirman la compatibilidad de las normas anti- subcapitalización con la normativa comunitaria siempre y cuando se refieran a préstamos que no responden a las condiciones de mercado y la no deducibilidad de los intereses se halle limitada al exceso de estos sobre los que hubieran pac-

⁴⁵ CALDERÓN CARRERO, J. M. "STJCE 13.3.2.007, C-524/04, Asunto Test Claimants in the Thin Cap Group: las Condiciones de compatibilidad comunitaria de las cláusulas de subcapitalización (y de precios de transferencia)". En *Crónica Tributaria*, n° 155, 2015, p. 15. Citado en BARCIELA PÉREZ, J.A., *op. cit.*

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, as. C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation. (ECLI:EU:C:2007:161).

⁴⁷ Este pronunciamiento se muestra a favor de la legalidad de las normas nacionales anti-subcapitalización que imponen restricciones basadas en un test de actuación como partes independientes, posibilitando que la filial pruebe que la operación se realizó por motivos comerciales distintos de la obtención de una ventaja fiscal y siempre y cuando el país en cuestión (Reino Unido) garantice el reconocimiento recíproco por el Estado de residencia de la matriz de cualquier recalificación de los intereses pagados por la filial hecha por el Reino Unido.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de enero de 2008, as. C-105/07, Lammers & Van Cleeff.

tado entidades independientes en condiciones de mercado⁴⁹, debiendo limitarse su aplicación a “montajes puramente artificiales”⁵⁰. Ello abría la posibilidad de aplicación de dichas normas a otros residentes de la Unión Europea en el caso de que se tratara de montajes puramente artificiales, sin sustancia económica, y se consolidó la consideración de que aquellas normas anti-subcapitalización aplicables al endeudamiento con entidades vinculadas no residentes sin posibilidad de prueba de adecuación a las condiciones de mercado (como en el caso de *Lankhorst-Hohorst*), serían contrarias al ordenamiento comunitario.

La Resolución del Consejo ECOFIN de 8 de junio de 2010 sobre la coordinación de las normas de subcapitalización en la Unión Europea, estableció una serie de recomendaciones en esta materia y reiteró el potencial de estas normas para evitar la elusión fiscal siempre y cuando respetaran el principio de independencia.

Cuando parecían haberse superado las incompatibilidades con el principio de independencia, una serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo determinaron que una norma anti-subcapitalización en la que se discrimina a la prestamista en función de su residencia fiscal era contraria al principio de no discriminación⁵¹. El principio de no discriminación, plasmado en numerosos Convenios para evitar la Doble Im-

⁴⁹ FALCÓN Y TELLA, R. “La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal “de riesgo” /Res. TEAC 25 junio 2009”. En *Revista Quincena Fiscal*, núm. 22/2009 parte Editorial. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S.A.U., 2009. p. 4. (BIB 2009\1881).

⁵⁰ Comunicación de 10 de diciembre de 2007 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 17 de marzo, nº 1825/2011 (nº rec. 5871/2006); Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 1 de octubre, nº 7460/2009 (nº rec. 1596/2004).

posición, se encuentra enunciado en el artículo 24 del Modelo Convenio de la OCDE que, en su apartado cuarto, establece que “los intereses (...) pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar”. En atención a esto, lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1995, solo aplicable a no residentes en la Unión Europea o en paraísos fiscales, parecía contravenir lo previsto por el Modelo Convenio. Prevé, sin embargo, este último, la compatibilidad de las normas anti- subcapitalización internas siempre que estas sean, a su vez, compatibles con sus artículos 9.1 y 11.6, relativas al principio de competencia o *arm's length principle*. Por tanto, a pesar de su aplicabilidad exclusiva a prestamistas no residentes, su adecuación a las exigencias del principio de independencia hacen la norma de subcapitalización compatible con el principio de no discriminación.

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Itelcar*⁵² puso de manifiesto la existencia de más incompatibilidades de la norma anti-subcapitalización, declarando la incompatibilidad de la norma portuguesa con la libertad de circulación de capitales. En virtud de dicho pronunciamiento, no podía admitirse la aplicación de la norma no solo cuando la entidad fuera residente en la Unión Europea, sino también cuando se hubiera firmado un Convenio para evitar la Doble Imposición con cláusula de no discriminación y con cualquier Estado tercero, lo que afectaba a la normativa vigente en territorio común y foral⁵³.

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013, as. C-282/2012, *Itelcar*. (ECLI:EU:C:2013:629).

⁵³ LUCAS DURÁN, M. *Subcapitalización e imposición societaria en el País Vasco*, p. 3.

IV. DE LA SUBCAPITALIZACIÓN A LA LIMITACIÓN A LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La problemática de la compatibilidad de las normas anti-subcapitalización españolas con el Derecho Comunitario y los Convenios de Doble Imposición suscritos por España en relación con el principio de no discriminación y las libertades fundamentales, así como la dificultad de probar la existencia de financiación indirecta, dieron lugar, como se ha mencionado previamente, a pronunciamientos del Tribunal Supremo Español que, en consonancia con los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, declaró no haber duda de la “incompatibilidad de la norma española controvertida –el art. 16.9 de la Ley 61/1978, en la redacción dada por la Ley 18/1991– con la libertad de establecimiento” y el principio de no discriminación⁵⁴.

La inaplicación del precepto en cuestión condujo a la sustitución de la norma anti-subcapitalización por una limitación a la deducibilidad de los gastos financieros introducida por el Real Decreto Ley 12/2012⁵⁵. El objetivo de la promulgación de este Real Decreto consistía en la minoración del déficit público en un contexto de debilidad financiera y crisis económica que motivó la utilización de este instrumento legislativo circunscrito a las situaciones de “extraordinaria y urgente necesidad”⁵⁶.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 1 de octubre de 2009, nº 7460/2009 (ECLI:ES:TS:2009:7460).

⁵⁵ Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2012).

⁵⁶ CALVO VÉRGEZ, J. “La nueva limitación a la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: algunas consideraciones a la luz de la reforma fiscal”. En *Actum Fiscal*, nº 95. 2015. (EDA 2015/100069).

La reducción del déficit público pasaba por el incremento de la recaudación, y este fue el móvil que guió la reforma de la Ley del Impuesto sobre Sociedades caracterizada, entre otras cosas, por la modificación y eliminación de deducciones, entre ellas, la limitación a la deducibilidad de gastos financieros. En concreto, se introdujeron dos nuevos límites a la deducibilidad de gastos financieros, uno de aplicación general, contenido en el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, y otro limitado a lo que se ha venido a llamar compraventa apalancada de participaciones o *leveraged buyouts*, introducido por este Real Decreto como apartado h) del artículo 15 de la Ley del Impuesto de Sociedades. Este régimen, modificado por la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades⁵⁷, es el que está vigente en la actualidad en territorio común.

La Ley 27/2014 se dicta en el marco de la aprobación, el 20 de junio de 2014, de cuatro Anteproyectos de Reforma Fiscal basados en el Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario de 5 de julio del año anterior. Tras su promulgación, el régimen de limitación a la deducibilidad de gastos financieros permanece casi inalterado, con la excepción de los apartados 4, sobre los periodos impositivos inferiores a un año y 5, sobre el *leveraged buyout*.

V. EL TRATAMIENTO DE LOS GASTOS FINANCIEROS EN LA LEY 27/2014, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Como se ha mencionado con anterioridad, la regulación actual del tratamiento de los gastos financieros en territorio común establece tres límites, dos regulados en el artículo 16 de la Ley 27/2014, uno general y otro específico para la compraventa apalancada, y otro en el apartado

⁵⁷ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014).

del artículo 15 del mismo cuerpo legal, aplicable a los gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo, según el artículo 42 del Código de Comercio.

5.1 El límite general del artículo 16 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades

El artículo 16 de la Ley 27/2014 prevé la deducibilidad de los gastos financieros netos con el límite del 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio y con un mínimo de 1 millón de euros aplicable a todas las empresas, sin distinguir por razón de la vinculación, de la pertenencia a un grupo de acuerdo al artículo 42 del Código de Comercio o de la procedencia del endeudamiento. Dicho de otra manera, el artículo 16 de la Ley 27/2014 configura una *fixed ratio rule* complementada con una *minimis rule*, en consonancia con la Acción 4 de BEPS, que permite que pequeñas y medianas empresas queden *de facto* al margen de esta limitación. Prevé el precepto, además, la aplicación proporcional de este mínimo para los casos en que el periodo impositivo tenga una duración inferior al año.

En los grupos de consolidación fiscal tanto el ratio fijo como el mínimo de un millón de euros se predicará del conjunto de sociedades integrantes del grupo, si bien no es objeto de este trabajo el tratamiento de esta problemática.

La Dirección General de Tributos, mediante Resolución de 16 de julio de 2012⁵⁸, determinó los criterios de interpretación del artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, entonces artículo 20, que se exponen en los apartados sucesivos.

⁵⁸ Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, en relación con la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 170 de 17 de julio de 2012).

a. *Gastos financieros e ingresos procedentes de la cesión a terceros de capitales propios*

En primer lugar, el apartado primero de la Resolución de la DGT de 16 de julio de 2012 prevé que no deben incluirse los gastos financieros sometidos a otras limitaciones establecidas por la Ley, como los gastos financieros no deducibles del artículo 15.1.h (antes 14.1.h) de la LIS, debiendo considerarse los ajustes resultantes de la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia.

Los gastos e ingresos a considerar deben ser partidas homogéneas relacionadas con el endeudamiento empresarial, por lo cual, los gastos financieros a considerar serán aquellos que deriven de las deudas de la entidad tanto con entidades del grupo como con terceros incluidos en las cuentas 661, 662, 664 y 665 del modelo de la cuenta de pérdidas y ganancias del Plan General Contable⁵⁹ (PGC). Estas cuentas se refieren a los intereses de obligaciones y bonos, los intereses de deudas, los dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros o los intereses por descuento de efectos y operaciones de factoring, teniendo en cuenta, de acuerdo con lo establecido por la normativa contable, el efecto de los costes de emisión o de transacción de las operaciones. Incluye los intereses implícitos asociados a las operaciones y las comisiones relacionadas con el endeudamiento empresarial que, de acuerdo con las normas contables, sean parte del importe de los gastos financieros devengados en el periodo impositivo.

Se excluyen los gastos financieros que se incorporen al valor de un activo, los gastos financieros de actualización de provisiones y se prevén una serie de precisiones en relación con otros conceptos contables como el deterioro de valor de créditos, las diferencias de cambio, las coberturas financieras y los contratos de las cuentas en participación.

⁵⁹ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE núm. 278).

Por su parte, los ingresos financieros que deben ser tenidos en cuenta son aquellos que proceden de la cesión a terceros de capitales propios, recogidos en las cuentas 761 y 762 del modelo de la cuenta de pérdidas y ganancias del PGC.

b. El beneficio operativo

El beneficio operativo a efectos de aplicación del artículo 16 se calcula a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, que tiene en cuenta amortizaciones, imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, deterioros y resultados de enajenaciones de inmovilizado.

A dicho resultado han de adicionarse los dividendos o participaciones en beneficios de determinadas entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea de un mínimo del 5 por ciento o su valor de adquisición supere los 20 millones de euros, salvo que se trate de participaciones adquiridas con deudas cuyos gastos financieros no sean deducibles en virtud del artículo 15.1.h de la LIS y mientras dicha deuda subsista y no haya sido amortizada.

La previsión anterior pretende equiparar el tratamiento de las entidades *holding* con el resto de entidades para evitar la discriminación de aquellas entidades cuyos dividendos o participaciones en beneficios no se incluyen en el importe neto de la cifra de negocios por realizar actividades distintas de las propias de una holding, cuyo beneficio operativo ya incluye dichos dividendos y participaciones, que no deberá adicionarse.

c. El criterio de imputación temporal

La regla establecida por el artículo 16 se trata de una regla de ratio fijo que se configura como una regla de imputación temporal o de diferi-

miento⁶⁰, permitiendo la deducción de los gastos financieros no deducidos en periodos impositivos siguientes mediante los criterios de *carry forward of disallowed interest* o, simplemente, *carry forward* y *carry back*⁶¹.

Por el criterio *carry forward*, “los gastos financieros netos que no hayan sido objeto de deducción podrán deducirse en los periodos impositivos siguientes” junto con los gastos financieros netos generados en este periodo y de conformidad con el límite establecido.

Por el sistema *carry back*, cuando los gastos financieros netos del periodo impositivo no llegan al 30% del beneficio neto operativo, la diferencia entre este límite y los gastos financieros netos deducidos se adiciona al límite para la deducción de gastos financieros en los periodos impositivos que concluyan en los cinco años inmediatos y sucesivos hasta que dicha diferencia sea efectivamente deducida (apartado 2 del artículo 16).

A esto hacen mención los apartados tercero, cuarto y quinto de la Resolución de la DGT de 16 de julio de 2012. En relación con el criterio *carry back* la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la Agencia Tributaria, en 1/15⁶², pone de manifiesto la existencia de dos posibles interpretaciones sobre el proceso para arrastrar la diferencia de beneficio operativo pendiente de aplicación.

La primera consiste en interpretar que el límite del beneficio operativo se trata en realidad de un límite acumulado resultante de la adición del 30 por ciento del beneficio operativo del periodo impositivo actual y

⁶⁰ SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ, L. y VIANA BARRAL, V. “La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: Análisis normativo y comentario crítico” en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 33. 2012.

⁶¹ CALVO VERGÉZ, J., *op. cit.* p. 2.

⁶² Agencia Tributaria. Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica. Nota n° 1/15 relativa a la limitación de gastos financieros prevista en el artículo 16 de la ley 27/2014 de 27 de noviembre.

la diferencia pendiente de deducción de periodos impositivos anteriores dentro del límite de cinco años, entendiéndose el mínimo de 1 millón de euros como mínimo a deducir en el periodo impositivo una vez aplicado el límite acumulado anterior, de suerte que solo cuando los gastos financieros del periodo superen el límite conjunto será de aplicación el mínimo del millón de euros.

La segunda interpretación parte de la premisa de que la diferencia que se arrastra se aplica sobre los gastos financieros netos del periodo impositivo que excedan del límite del 30 por ciento del beneficio operativo y el millón de euros, en lugar de considerar la existencia de un límite acumulado.

La aplicación de una u otra aproximación da lugar a resultados divergentes, como se puede ver en el ANEXO I, considerando la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la Agencia Tributaria que la primera de las interpretaciones es más acorde con el contenido del artículo 16 y en la interpretación que, de este, hace la Dirección General de Tributos en la Resolución de 16 de julio de 2012 anteriormente citada.

d. Exclusión del ámbito de aplicación

De acuerdo con el apartado sexto del artículo 16 de la LIS, esta limitación no será de aplicación a entidades de crédito y aseguradoras. A este respecto, se considera como entidades de crédito también a aquellas entidades cuyos derechos correspondan, directa o indirectamente, a aquellas de forma íntegra, limitándose su actividad a la emisión y colocación en el mercado de instrumentos financieros “para reforzar el capital regulatorio y la financiación de tales entidades”, y a los fondos de titulización hipotecaria previstos por la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de

Titulización Hipotecaria, y los fondos de titulización de activos de la Disposición Adicional quinta.2 de la Ley 3/1994, de 14 de abril.

Tampoco se aplica esta limitación en el periodo impositivo en que se extinga la sociedad, salvo que ello traiga su causa de un operación de reestructuración.

5.2 La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en la compra de acciones apalancada

El concepto de compra apalancada o *leveraged buyout* hace referencia a aquella operación por medio de la cual la adquisición de una sociedad financiada con deuda es seguida por la fusión de las entidades adquirente y adquirida, o por la inclusión de la adquirida en el grupo de consolidación fiscal de la adquirente. De esta manera, a pesar de que la sociedad adquirente, que generalmente se trata de una sociedad vehículo sin actividad económica relevante, no generara ingresos suficientes para poderse deducir los gastos financieros incurridos, el elevado beneficio operativo de la adquirida permitía la deducción de los gastos financieros de la deuda contraída para su adquisición⁶³.

Para evitar esta situación, el apartado quinto del artículo 16 de la LIS, fruto de la aprobación de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, introdujo un nuevo límite a la deducibilidad de gastos financieros en operaciones de compra apalancada o *leveraged buyouts*, de aplicación cuando una sociedad adquiera las participaciones de otra a través, total o parcialmente, de endeudamiento, cuando en un plazo de cuatro años desde que se produzca dicha adquisición, la sociedad adquirente y adquirida se fusionen o se incorpore la adquirida al grupo de consolidación fiscal de la adquirente.

⁶³ FUSTER TOZER, R.; DURÁN HAEUSSLER, C.; VILLALÓN PÉREZ-ARTACHO, J.; ARTAMENDI GUTIÉRREZ, A., *op. cit.*, p. 111.

En este supuesto, los gastos financieros que se hubieran generado como consecuencia del endeudamiento en que incurre la adquirente para la adquisición solo podrán deducirse hasta el límite del 30 por ciento del beneficio operativo de la propia sociedad adquirente. Es decir, para la aplicación del límite no podrán adicionarse los beneficios operativos de adquirente y adquirida para permitir la deducibilidad de los gastos financieros.

Se excluye la aplicación de esta limitación en el periodo impositivo en que se adquieran las participaciones en el capital de entidades si la adquisición se financia con deuda como máximo en un 70 por ciento del precio de adquisición, y en los periodos impositivos siguientes siempre que dicha deuda se minore en, al menos, una cuantía proporcional cada uno de los ocho años siguientes hasta que la deuda alcance el 30 por ciento del precio de adquisición.

a. La no deducibilidad de gastos financieros en las operaciones intragrupo

El artículo 15 de la LIS, en su letra h), establece que tendrán el carácter de no deducibles los gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo, según el artículo 42 del Código de Comercio, para la adquisición a otras entidades del mismo de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier entidad, o para la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de entidades del grupo, salvo que se apreciaren motivos económicos válidos que lo justifiquen.

VI. EL TRATAMIENTO DEL EXCESO DE GASTOS FINANCIEROS EN LA NORMA FORAL DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES DE BIZKAIA

6.1 El origen de la regla de subcapitalización en la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades de Bizkaia

De forma paralela a la normativa de Territorio Común, que entonces era la Ley 43/1995, en el Territorio Histórico de Bizkaia, la Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades⁶⁴ del Territorio Histórico de Bizkaia adoptó, en su artículo 21, una norma de ratio fijo que imponía la recalificación como dividendos de los intereses devengados cuando el endeudamiento neto remunerado de una entidad excediera del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal.

Dicho precepto era de aplicación a entidades no financieras endeudadas con personas o entidades no residentes en el territorio español que tuvieran la consideración de vinculadas.

El apartado tres del artículo 21 permitía la deducibilidad de los intereses cuando se superase dicho ratio fijo si la Administración Tributaria hubiera aprobado la propuesta sometida por el contribuyente para la aplicación de un coeficiente distinto por haberse obtenido el endeudamiento en condiciones normales de mercado. Al igual que en la normativa estatal, el apartado cuarto y último del precepto contemplaba la exclusión de aquellas entidades vinculadas que fueran residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que no se tratase de un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

⁶⁴ Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades (*BOB* 11 de julio de 1996).

Como consecuencia de los pronunciamientos del TJUE en relación a la compatibilidad de las normas anti-subcapitalización con el principio de no discriminación y las libertades fundamentales, que dieron lugar a la eliminación de la norma anti-subcapitalización en territorio común, los Territorios Históricos, que optaron por el mantenimiento de la regla, debieron abordar una modificación sustancial de su regulación.

6.2 La regla de subcapitalización de la Norma Foral 11/2013, del Impuesto sobre Sociedades

La regla de subcapitalización fue modificada por la Norma Foral 11/2013, del Impuesto sobre Sociedades, vigente a día de hoy, que pasó a regularse en su artículo 47. Conforme al tenor del precepto, se desprenden una serie de condiciones necesarias para su aplicación:

a. La existencia de vinculación entre las entidades prestamista y prestataria

Para la determinación de la vinculación entre las entidades prestamista y prestataria es preciso remitirse al artículo 42.3 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, NFIS), que establece los supuestos en los que se considera que una persona o entidad está vinculada a otra. De entre ellos, el caso más frecuente de vinculación es el que nace de la relación por la participación en el capital de otra entidad, siendo suficiente con ostentar al menos el 25 por ciento del capital de la misma.

b. Endeudamiento neto remunerado directo o indirecto

El endeudamiento, que puede ser directo o indirecto, ha de ser considerado globalmente, en términos netos, en su estado medio a lo largo del periodo impositivo y en relación, únicamente, con las entidades vinculadas en los términos anteriormente expuestos.

Por endeudamiento neto hemos de entender aquel que resulta de la diferencia entre los créditos y las deudas de la entidad con las entidades prestamistas vinculadas.

Si bien el endeudamiento directo no genera complejidad alguna, no puede decirse lo mismo del endeudamiento indirecto, concepto indeterminado⁶⁵. Con esta previsión se pretende abordar los denominados *back to back loans*⁶⁶, supuestos en los que se pretende evitar la aplicación de la norma anti-subcapitalización por la interposición, entre prestamista y prestatario –entidades vinculadas entre sí– de personas o entidades independientes, no vinculadas. A este respecto, para el cálculo del endeudamiento neto remunerado, el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de marzo de 2011⁶⁷, determinó que la desvirtuación de la realidad formal alegada por el contribuyente exige que la Administración acredite que concurre la “base y razón de ser de la norma de subcapitalización”, es decir, la elusión fiscal.

La doctrina administrativa y la jurisprudencia han realizado una serie de precisiones acerca del tenor literal del artículo 47 en relación con el “endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto”:

–Si la entidad prestataria, residente en España, prestará parte del capital recibido en préstamo de una entidad vinculada no residente a otra residente en España vinculada únicamente a la prestataria, para el cálculo del endeudamiento neto remunerado no se descuenta la diferencia entre el préstamo recibido y la parte prestanda⁶⁸.

⁶⁵ CASTRO ARANGO, K. M. “Límites a la capitalización encubierta en España: problemas comunitarios y convencionales de los nuevos artículos 20 y 14.1. h) del TRLIS”. En *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm 376, 2014, p. 97-99.

⁶⁶ LUCAS DURÁN, M. *Op.cit.*, p. 4.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 17 de marzo, nº 1825/2011 (nº rec. 5871/2006).

⁶⁸ Dirección General de Tributos. Consulta 1615-01, de 4 de septiembre de 2001.

-En caso de aportación de garantía formal y ejecutable por una entidad vinculada no residente sin la cual no se habría concedido el préstamo se considera endeudamiento indirecto⁶⁹, no produciéndose tal calificación en caso de que la entidad no residente no ofreciera garantías formales y concretas, con fuerza ejecutiva, sino solo la confianza generada⁷⁰.

La exigencia de que el endeudamiento neto remunerado sea considerado globalmente exige que, de existir más de una entidad prestamista vinculada, el ratio de endeudamiento debe determinarse en relación con todas ellas⁷¹, salvo que se trate de un grupo en régimen de consolidación fiscal⁷². La exigencia de globalidad se aplica también a la compensación entre créditos y deudas que ha de realizarse para “netear” el endeudamiento.

El cálculo del endeudamiento “en su estado medio” implica la realización de una media aritmética.

Por último, el endeudamiento ha de ser remunerado, lo cual excluye la aplicación del artículo 47 en aquellos casos en que no se devenguen intereses en un préstamo con entidades vinculadas. En caso de endeudamiento presunto (artículo 9 NFIS) o remuneraciones derivadas de ajustes por operaciones vinculadas (artículos 42 y siguientes de la NFIS) corresponde a la Administración probar el carácter remunerado⁷³.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 17 de marzo, nº 1825/2011 (nº rec. 5871/2006).

⁷⁰ Dirección General de Tributos. Consulta 1210-01, de 20 de junio de 2001.

⁷¹ PALAO TABOADA, C. “La subcapitalización”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.). *Fiscalidad internacional*, 4a ed., Madrid: CEF, 2010, p. 1009.

⁷² Dirección General de Tributos. Consulta 1315-98, de 20 de julio de 1998.

⁷³ LUCAS DURÁN, M. *Op. cit.*, p. 4.

Es menester clarificar que los préstamos participativos han de tenerse en cuenta para determinar el endeudamiento medio remunerado con entidades vinculadas no residentes, pero no para el capital fiscal medio, por tener la consideración de recursos ajenos^{74 75}. Lo mismo puede defenderse respecto de las cuentas en participación u obligaciones convertibles. En términos generales, por tanto, se consideran endeudamiento remunerado todos los instrumentos cuya retribución puede ser deducida; posibilidad que, en el caso de los préstamos participativos, se encuentra en el artículo 31.5 de la NFIS.

c. Que el importe de dicho endeudamiento supere el resultado de multiplicar por tres el patrimonio neto a efectos fiscales

El endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, que exceda del ratio previsto por el precepto no tendrá la consideración de deducible, dando, a efectos fiscales, lugar a un ajuste de signo positivo a aplicar en el resultado contable por el importe del exceso.

La cifra del patrimonio neto debe calcularse en su estado medio a lo largo del periodo impositivo. Precisa en su apartado 2 el artículo 47 que se entiende por patrimonio neto a efectos fiscales el importe resultante del balance correspondiente al último día del periodo impositivo que se corresponda con los fondos propios de acuerdo al Plan General Contable. Ello genera una incoherencia, pues el importe de patrimonio neto en su estado medio no tiene por qué coincidir. Ante esta problemática, algunos autores optan por la aplicación del criterio más favorable al contribuyente por analogía con el artículo 1288 del

⁷⁴ Dirección General de Tributos. Consulta 2055-97, de 9 de octubre de 1997.

⁷⁵ Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Consulta n° 1, n° de BOICAC 78/junio 2009.

Código Civil⁷⁶ en relación con la interpretación de cláusulas oscuras⁷⁷. El patrimonio neto es un concepto contable que, de acuerdo con el PGC, se integra por la suma el capital, la prima de emisión, las reservas, los resultados de ejercicios anteriores, otras aportaciones de socios, el resultado del ejercicio y otros instrumentos de patrimonio neto, a lo cual se sustrae el importe de las acciones y participaciones en patrimonio propias y el dividendo a cuenta. Sin embargo, a los efectos del artículo 47, no debe incluirse en la cifra de patrimonio neto el importe del resultado del ejercicio.

d. *Supuestos de exclusión*

El precepto excluye expresamente de la aplicación de la norma de subcapitalización a las entidades financieras en cuanto entidades prestamistas por excelencia.

Se excluye, asimismo, la aplicación de la norma de subcapitalización cuando el endeudamiento neto remunerado del contribuyente no exceda de los 10 millones de euros en ningún momento del periodo.

Por otro lado, no se aplicará a los contribuyentes a los que se aplique la limitación a la deducibilidad establecida en el artículo 25.bis NFIS que se expone a continuación.

⁷⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (*BOE*, núm. 206, de 25 de julio de 1889).

⁷⁷ GOROSPE OVIEDO, J. I. y HERRERA MOLINA, P. M. (2001). “La interpretación favorable al contribuyente ante la oscuridad normativa”, *Crónica Tributaria*, núm. 100, citado en Lucas Durán, M. *Op. cit.*, p. 6.

e. Posibilidad de evitar la aplicación del artículo

Establece el apartado cuatro del artículo 47 que los contribuyentes pueden someter a la Administración tributaria una propuesta para aplicar un coeficiente distinto al establecido en el apartado uno del precepto, basándose en que el endeudamiento mantenido con personas o entidades vinculadas lo hubieran podido obtener en condiciones normales de mercado con entidades no vinculadas, en atención al principio *arm's length*.

Ello no será de aplicación a operaciones con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales.

6.3 Efectos del artículo 47 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades

El artículo 47 prevé que si el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad con persona o entidad vinculada excediera del resultado de multiplicar por 3 el importe de su patrimonio neto a efectos fiscales, los intereses devengados correspondientes al exceso tendrán la consideración de dividendos. Dado que, contablemente, el resultado estará minorado por la totalidad del gasto financiero devengado, deberá procederse a incrementar el beneficio contable de cara a obtener la base imponible en el importe que, de acuerdo a la regla expuesta, resulte no deducible⁷⁸. En el supuesto de que la recalificación sea realizada por la Administración Tributaria en un procedimiento de comprobación implicará, además, intereses de demora o sanciones. En definitiva, la aplicación del artículo 47 implica un incremento en la base imponible de la sociedad a la que el mismo se aplique.

Sin embargo, pueden identificarse otras consecuencias jurídicas relevantes derivadas de la aplicación del precepto, que se plasman tanto en el ámbito interno como en el internacional.

⁷⁸ LUCAS DURÁN, M., *op. cit.* p. 8.

Por un lado, en el ámbito interno, la recalificación puede traer consigo efectos también en sede de la prestamista porque, de acuerdo con el artículo 33 NFIS⁷⁹, no se integrarán en su base imponible los dividendos en el supuesto de que “la participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad que reparte el dividendo sea, al menos, del 5 por 100, o del 3 por 100 si las acciones de la sociedad participada cotizan en un mercado secundario organizado”.

En el ámbito internacional, en sede del prestatario o pagador de los intereses, además de la no deducibilidad de los intereses pagados, habrá de retener un 19 por ciento tanto si se califican como dividendos como si se califican como intereses⁸⁰. Sin embargo, podría darse la situación de que ese pago estuviera exento en caso de estar al amparo de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011⁸¹, que contempla la exención de los dividendos matriz-filial intraeuropeos o al amparo de los dispuesto por el Convenio para evitar la Doble Imposición correspondiente, que podrá establecer un porcentaje de retención diferente.

En sede del prestamista, puede darse la situación de que el Estado de residencia de este otorgue un tratamiento diferente a la operación de recalificación. De esta manera, si bien el *OECD Thin Capitalization Report* de 1987 preveía la obligación del Estado de residencia de aceptar la recalificación operada por el Estado de la fuente si esta fuese conforme al artículo 9 del Modelo Convenio de la OCDE, pueden subsistir contro-

⁷⁹ También en el artículo 33 de la Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades del Territorio Histórico de Álava; y de la Norma Foral 2/2014, de 17 de enero, sobre el Impuesto de Sociedades del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

⁸⁰ Artículo 25.1.f) de la Norma Foral 12/2013 de 5 de diciembre (Bizkaia), del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (*BOB* de 13 de diciembre de 2013).

⁸¹ Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (*DOUE* L 345/8, de 29 de diciembre de 2011).

versias que deben ser solucionadas conforme al procedimiento de mutuo acuerdo del Convenio para la Doble Imposición correspondiente o el Convenio Europeo de arbitraje⁸².

6.4 La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en la Norma Foral 11/2013

Los Territorios Históricos han ido adaptando su normativa a las exigencias internacionales derivadas tanto del plan BEPS como de las Directivas Europeas, con soluciones similares. De esta manera, en los tres Territorios se han incorporado nuevas disposiciones que permiten “cumplir con las obligaciones derivadas del marco fiscal impulsado en los foros internacionales como la OCDE y la Unión Europea, en los ámbitos de la prevención de la elusión fiscal, la erosión de las bases imponibles y el traslado artificioso de los beneficios empresariales”⁸³. Ejemplo de esta adaptación es la Norma Foral 2/2018 (Bizkaia), de 21 de marzo⁸⁴ que, para luchar contra la elusión fiscal, aprovechando para trasponer e incorporar al ordenamiento tributario foral la Directiva anti-abuso de la Unión Europea, introduce modificaciones, entre otros, en la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades.

⁸² 90/436/CEE: Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas - Acta final - Declaraciones conjuntas - Declaraciones unilaterales. (DOUE L 225, de 20 de octubre de 1990).

⁸³ MERINO JARA, I. *Op. cit.* p. 4.

⁸⁴ NORMA FORAL 2/2018, de 21 de marzo, por la que se caracterizan a efectos tributarios determinados fondos de inversión a largo plazo europeos y se introducen modificaciones en las Normas Forales del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Patrimonio, del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y del Régimen fiscal de Cooperativas, así como en la Norma Foral General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia (BOB, núm. 61 de 27 de marzo de 2018).

En concreto, la reforma operada por la Norma Foral 2/2018 en la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades de Bizkaia, aplicable a los periodos impositivos iniciados desde el 1 de enero de 2018, incorpora en el nuevo artículo 25.bis de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades⁸⁵, un nuevo esquema de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, el cual, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la norma de 2018, permite su deducibilidad hasta 3 millones de euros, exonerando a las entidades que no integren un grupo y a los grupos que considere saneados desde la óptica del endeudamiento⁸⁶, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva pero difiriendo de la regulación prevista en territorio común. Además, esta reforma introduce un inciso al artículo 47, que regula la compatibilidad del esquema de subcapitalización y el nuevo esquema de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, lo cual ha generado problemas de aplicación que se tratarán más adelante.

Este precepto, de conformidad con la Directiva, establece un ratio fijo de gastos financieros netos deducibles limitado al 30 por ciento del beneficio operativo, entendiendo como tales, al igual que en la normativa de territorio común, aquellos gastos financieros que exceden de los ingresos derivados de la cesión de capitales propios a terceros en el periodo impositivo, excluyendo los no deducibles del artículo 31 de la Norma Foral.

El procedimiento para la determinación del beneficio operativo coincide parcialmente con el establecidos en la normativa estatal, pues si bien parte asimismo del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio eliminando la amortización del inmovilizado, la

⁸⁵ Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (*BOB* de 13 diciembre de 2013).

⁸⁶ PÉREZ DELGADO, A., “Modificaciones en la BI de la Directiva contra la elusión fiscal”. *Foro Aranzadi. Thomson Reuters Formación*.

imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, el deterioro y resultado de enajenaciones de inmovilizado y adiciona los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio correspondientes a dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que la participación directa o indirecta sea de al menos un 5 por ciento, 3 por ciento si las acciones de la sociedad cotizan en un mercado secundario organizado, especialidad, esta última, que no comparte la norma estatal. Explicita este artículo que no formarán parte del beneficio operativo ingresos y gastos no integrados en la base imponible del impuesto.

La Norma Foral eleva el umbral mínimo deducible de un millón de euros, en Territorio Común, a tres millones de euros por periodo impositivo de un año o la cantidad proporcional si el periodo fuera inferior, que serán deducibles en todo caso, lo que permite exonerar de esta limitación al pequeño contribuyente, de acuerdo con la Directiva.

El artículo 25.bis, en su apartado sexto, excluye de su ámbito de aplicación a las entidades de crédito y aseguradoras, así como en el periodo impositivo en que se extinga la entidad salvo que ello sea consecuencia de una operación de reestructuración, en los mismos términos que la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, la Norma Foral añade un supuesto de exoneración para aquellas entidades “que no formen parte de un grupo de sociedades de acuerdo al artículo 42⁸⁷ del Código de Comercio, no se encuentren vinculadas con otras entidades de confor-

⁸⁷ De acuerdo al artículo 42 del Código de Comercio (Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. *BOE* núm. 289, de 16 de octubre de 1885) “existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”, más en particular, cuando una sociedad posea la mayoría de los derechos de voto de otra, tenga facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, pueda disponer de la mayoría de los derechos de voto o haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

midad con lo dispuesto en el artículo 42 de esta Norma Foral y no tengan ningún establecimiento permanente en el extranjero”. Dicho de otra manera, a diferencia de la normativa estatal, que se aplica sin distinguir por razón de la vinculación, de la pertenencia a un grupo de acuerdo al artículo 42 del Código de Comercio o de la procedencia del endeudamiento, la norma foral opta por limitar su ámbito de aplicación.

La Directiva preveía la posibilidad de que los Estados permitieran una deducción que excediera del límite de acuerdo con las magnitudes del grupo empresarial del contribuyente, bien en base a ratios de activo frente a patrimonio neto, bien en base a la proporción entre los gastos financieros netos del grupo frente a terceros no vinculados y el EBITDA del mismo⁸⁸. De conformidad con lo anterior, la norma foral provee al contribuyente de dos alternativas.

Por un lado, permite que el contribuyente que forme parte de un grupo de acuerdo al artículo 42 del Código de Comercio, demuestre que la proporción existente entre sus fondos propios y el total de sus activos es igual o superior a la equivalente del grupo siempre y cuando la valoración de los activos y pasivos siga el mismo método que el aplicado a los estados financieros consolidados elaborados conforme a las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre. A este respecto, aclara el precepto en su apartado 7 que la proporción o razón entre los fondos propios del contribuyente y el total de sus activos es igual a la equivalente del grupo “si la razón entre los fondos propios del contribuyente y el total de sus activos es inferior en dos puntos porcentuales como máximo a aquella”.

Por otro lado, permite la Norma Foral, en el apartado octavo del artículo 25.bis, que el contribuyente integrante de un grupo someta a la

⁸⁸ ALONSO ARCE, I. “La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades” en *Forum Fiscal*, n.º 243, junio 2018, p. 2.

Administración Tributaria una propuesta para aplicar un límite a la deducibilidad de gastos financieros netos superior al 30 por ciento en base al coeficiente de los gastos financieros netos del grupo frente a terceros sobre el beneficio operativo del grupo, quedando supeditada la aplicación de la proporción del grupo a la obtención de un procedimiento de vinculación administrativa que admita su aplicación.

Por último, en trasposición de la directiva y en términos coincidentes con la normativa estatal, la norma foral prevé un criterio de imputación temporal que permite trasladar al futuro tanto los gastos financieros netos no deducidos como la diferencia resultante entre los gastos financieros neto deducidos y el resultado de calcular el 30 por ciento del beneficio operativo del periodo impositivo o el coeficiente superior autorizado por la Administración conforme a lo expuesto. Así, en el caso de que los gastos financieros de un periodo impositivo no alcanzaran el límite del 30 por 100 “se adicionarán al límite del 30 por 100 para la deducción de gastos financieros netos en los periodos impositivos que concluyan en los 5 años inmediatos y sucesivos, hasta que se deduzca dicha diferencia”. Por otro lado, los gastos financieros que no hubieran podido deducirse, por exceder del límite del 30 por 100, podrán deducirse en los periodos impositivos siguientes junto con los del periodo correspondiente, con el límite del 30 por 100 del beneficio operativo del ejercicio en cuestión, dando lugar a un ajuste negativo en la base imponible. En último caso, los gastos financieros no deducidos podrán deducirse en el periodo de extinción de la entidad salvo que esta sea consecuencia de una operación de reestructuración.

De esta manera, se aprecia la conformidad de la Norma Foral con lo dispuesto por la directiva anti-abuso de la Unión Europea de acuerdo con las especialidades forales y el principio de proporcionalidad⁸⁹. Puede verse un ejemplo numérico de su aplicación en el ANEXO II.

⁸⁹ ALONSO ARCE, I. *Op. cit.*, p. 3.

6.5 El doble límite del artículo 47 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades y su conciliación con el artículo 25.bis

La reforma operada por la Norma Foral 2/2018 en la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades de Bizkaia incorpora un nuevo esquema de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, el cual, a diferencia de lo que ocurrió en el Territorio Común y en la Comunidad Foral de Navarra con la reforma operada por el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo y la Ley Foral navarra 21/2012, de 26 de diciembre, respectivamente, coexiste con la regla de subcapitalización del artículo 47 de la Norma Foral para aquellas entidades a las que no afecta la limitación de gastos financieros, complementándose con ella en lugar de sustituyéndola⁹⁰.

En este sentido, la Norma Foral 2/2018 introdujo un nuevo inciso en el artículo 47 a tenor del cual la regla de subcapitalización no será de aplicación a aquellos contribuyentes a los que aplique la limitación a la deducibilidad de gastos financieros establecida en el artículo 25.bis.

Sin embargo, en la práctica, surgen dudas interpretativas acerca de este inciso que repercuten directamente en su aplicación. La disyuntiva subyace sobre la interpretación de la frase que determina que el artículo 47 no será de aplicación “a los que se aplique la limitación a la deducibilidad de gastos financieros”. Así, se plantean tres principales opciones:

- 1°. El artículo 47 es aplicable siempre y cuando no proceda la realización de ajuste positivo conforme al 25.bis.
- 2°. El artículo 47 es aplicable solo y únicamente cuando, además de no proceder realización de ajuste positivo conforme al 25.bis, no se registren gastos financieros superiores a tres millones de euros.

⁹⁰ MEMENTO FISCAL. “Limitación de la deducibilidad de los gastos financieros”, 2016.

3º. El artículo 47 es únicamente aplicable a los supuestos expresamente excluidos del artículo 25.bis, enumerados en su apartado sexto.

Dada la novedad del precepto y, con ello, de la problemática suscitada, aún no han recaído pronunciamientos al respecto, si bien sí se han emitido diversas opiniones.

En opinión de ALONSO ARCE⁹¹, se deberá abordar primero la determinación de la procedencia de limitación a la deducibilidad de gastos financieros de acuerdo con el artículo 25.bis de suerte que, si esta no procede, se aplicará la norma anti-subcapitalización enunciada en el artículo 47 de la NFIS. No obstante, de haber sido corregido el resultado contable conforme a la regla de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, no procederá la aplicación del artículo 47. Esta interpretación parece responder a la primera de las alternativas planteadas, en virtud de la cual la regla de subcapitalización es aplicable siempre y cuando no proceda ajuste conforme al 25.bis.

Sin embargo, PÉREZ DELGADO, con motivo de su presentación “Modificaciones en la BI derivadas de la Directiva contra la elusión fiscal” en el marco del Foro Aranzadi, manifestó, como “criterio no oficial” que podían concurrir tres supuestos:

- 1º. Sociedad con ajuste positivo en virtud del 25.bis: no tendrá que hacer análisis de subcapitalización.
- 2º. Sociedad sin ajuste positivo en virtud del 25.bis con gastos financieros netos superiores a tres millones de euros: no tendrá que hacer análisis de subcapitalización.
- 3º. Sociedad sin ajuste positivo en virtud del 25.bis con gastos financieros inferiores a tres millones de euros: sí tendrá que hacer

⁹¹ ALONSO ARCE, I. *Op. cit.*, p. 3.

análisis de subcapitalización.

De esta manera, conforme a la segunda de las alternativas interpretativas expuestas, solo procederá análisis de subcapitalización conforme al artículo 47 cuando la sociedad que no hubiera debido hacer ajuste positivo tenga unos gastos financieros inferiores a los tres millones de euros. Puede verse un ejemplo numérico en el ANEXO III.

VII. CONCLUSIÓN

Todo lo expuesto en este trabajo responde a la necesidad de abordar la problemática de la erosión de las bases imponibles mediante el traslado de beneficios gracias a la utilización de lagunas y mecanismos entre los distintos sistemas impositivos de los que se valen las empresas y, más en concreto, las empresas multinacionales, lo cual se ha visto favorecido por la globalización y la creciente movilidad del capital⁹².

La problemática del tratamiento de los gastos financieros como instrumento básico de la política fiscal agresiva se encuentra en constante evolución hacia una creciente armonización, con BEPS como piedra angular, que ha influido en la esfera legislativa comunitaria y nacional, sirviendo de orientación para los distintos ordenamientos jurídicos.

La implementación de sus recomendaciones ha encontrado eco tanto a nivel comunitario como a nivel español, en territorio común y foral, si bien, sin embargo, dicha respuesta, aunque similar, no ha sido plenamente coincidente, como podemos ver en la tabla comparativa del ANEXO IV. La diferencia primordial es la *minimis rule*, que en el País Vasco se ha configurado con el máximo previsto por la Directiva europea (tres millones de euros), optándose, en territorio común, por una cifra más reducida de

⁹² OCDE. “10 preguntas sobre BEPS” <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf> (Última consulta 21 de abril de 2019).

un millón de euros. En parte por ello, la regulación foral resulta atractiva para la inversión en el País Vasco si bien también presenta debilidades: por un lado, la dificultad de prueba del endeudamiento indirecto y la relativa facilidad para ser sorteada mediante estructuras complejas, en cuyo caso podrá aplicarse el artículo 14 de la Norma Foral 2/2005 General Tributaria de Bizkaia⁹³, que recoge una cláusula anti-elusión genérica.

La globalización y el dinamismo de la economía impulsan a los operadores económicos a diseñar nuevas fórmulas de financiación y estructuras financieras con el objeto de reducir su carga fiscal como medio para incrementar sus beneficios, aprovechándose de las lagunas y discordancias entre las normas tributarias de los Estados. El legislador debe estar alerta para abordar y reaccionar frente a los retos que esta situación supone, estableciendo los mecanismos oportunos para evitar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios por vía de deducción de intereses y otros gastos financieros, consecuencia de dichas lagunas y discordancias, siendo necesaria una mayor coordinación entre los sistemas fiscales nacionales. En definitiva, la regulación de la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades es clave en la lucha contra la erosión de bases imponibles y, como tal, se encuentra a la orden del día de la práctica legislativa y jurídica tanto a nivel comunitario, como estatal como foral. Se caracteriza por estar en constante adaptación a la realidad social, económica y política, lo cual se ha visto recientemente reflejado en la reforma operada en 2018 en los territorios forales. Suscita diversas problemáticas cuyo análisis excede del objeto de este trabajo pero que, sin lugar a dudas, darán lugar a pronunciamientos judiciales y administrativos que continuarán dando forma al régimen legal de la deducibilidad de los gastos financieros, como en el caso de la conciliación de los límites de los artículos 25.bis y 47 de la Norma Foral de Bizkaia.

⁹³ NORMA FORAL 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia (BOB de 11 marzo) de 2015.

VIII. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

8.1 Bibliografía

AGENCIA TRIBUTARIA. Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica. Nota nº 1/15 relativa a la limitación de gastos financieros prevista en el artículo 16 de la ley 27/2014 de 27 de noviembre.

ALONSO ARCE, I. “La limitación a la deducción de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades”. *Forum Fiscal*, nº 234, junio 2018.

CALDERÓN CARRERO, J. M. “STJCE 13.3.2.007, C-524/04, Asunto Test Claimants in the Thin Cap Group: las Condiciones de compatibilidad comunitaria de las cláusulas de subcapitalización (y de precios de transferencia)” en *Crónica Tributaria*, nº 155, 2015.

CALVO VÉRGEZ, J. “La nueva limitación a la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: algunas consideraciones a la luz de la reforma fiscal” en *Actum Fiscal*, nº 95. 2015. (EDA 2015/100069).

CASTRO ARANGO, K. M. “Límites a la capitalización encubierta en España: problemas comunitarios y convencionales de los nuevos artículos 20 y 14.1. h) del TRLIS”. En *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm 376, 2014.

CENCERRADO MILLÁN, E. “La subcapitalización”. En *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*.

CHEVARRÍA, Z. “La naturaleza jurídica de la norma de subcapitalización y su aplicación práctica como norma doméstica antielusión en el Reino de España”. En *Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas*, año 3, número 5. 2008.

Comunicación de 10 de diciembre de 2007 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países.

CONSEJO EUROPEO. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/ccctb/> (Última consulta 9 de marzo de 2019).

EUROPEAN COMMISSION. The Anti Tax Avoidance Directive. https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package/anti-tax-avoidance-directive_en (Última consulta 9 de marzo de 2019).

EUROPEAN COMMISSION. Anti Tax Avoidance Package. https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_en (Última consulta 9 de marzo de 2019).

FALCÓN Y TELLA, R. “La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal “de riesgo” /Res. TEAC 25 junio 2009)” en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 22/2009 Parte Editorial. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S.A.U, 2009.

FUSTER TOZER, R.; DURÁN HAEUSSLER, C.; VILLALÓN PÉREZ-ARTACHO, J.; ARTAMENDI GUTIÉRREZ, A. L. “Capítulo IV. Acción 4: Limitación de la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros”. En *Plan de acción BEPS: Una reflexión obligada*. Madrid: Fundación de Impuestos y Competitividad, 2017.

GARCÍA NOVOA, C. *La deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto de Sociedades*. Madrid: Marcial Pons. 2016.

GARCÍA ESPINAR, E. y VIÑAS RUEDA, L. *Sobre la posible vulneración del derecho comunitario por parte de la norma española que limita la deducibilidad de los gastos financieros*. (La Ley 4672/2017).

GÓMEZ SUÁREZ, M. A. *La intervención de la fiscalidad en el desplazamiento interjurisdiccional de las estructuras financieras de los grupos multinacionales*. A Coruña: Universidade Da Coruña, 2015.

GOROSPE OVIEDO, J. I. y HERRERA MOLINA, P. M. “La interpretación favorable al contribuyente ante la oscuridad normativa” en *Crónica Tributaria*, núm. 100, 2001.

LAGO MONTERO, J. M. “Planificación fiscal agresiva, BEPS y litigiosidad”. En *Ars Iuris Salmanticensis. Estudios*. Vol. 3, Diciembre 2015.

LÓPEZ RIBAS, S. *El principio de libre competencia y los gastos financieros*. 2016 (*La Ley* 788/2016).

LUCAS DURÁN, M. *Subcapitalización e imposición societaria en el País Vasco*. 2014.

MARTÍN SESMA, F. “Medidas del proyecto BEPS implantadas por la UE y en el reino de España: territorio de régimen común y territorios forales (I)”. En *Forum Fiscal*, nº 244, julio 2018.

MEMENTO FISCAL. “Limitación de la deducibilidad de los gastos financieros”. 2016.

MENDOZA LÓPEZ, D.T. y VALDEZ AGUIRRE, F. *El plan de acción OCDE/G20 en la construcción del pacto global por la justicia fiscal*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S.A.U., 2018.

MERINO JARA, I. *BEPS, Unión Europea y Hacienda Foral. Proyecto de Investigación “La residencia fiscal ante la diversidad de poderes tributarios desde la perspectiva del País Vasco”*. DER2015-63533-C4-1-P. MINECO/FEDER.

TABOADA, C. “La subcapitalización y los convenios de doble imposición”. En *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 137/138. 1995.

OCDE. “10 preguntas sobre BEPS” <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf> (Última consulta 21 de marzo de 2019).

OCDE. *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*. 2010.

OCDE (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en> (Última consulta 21 de marzo de 2019).

OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital (Condensed version as it to read on 21 november 2017)*. 2017.

OCDE, “Nota explicativa. Informes Finales 2015” en *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. 2015.

OCDE. “Progress report July 2017–June 2018” en *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*. 2018.

OCDE, “Resúmenes. Informes Finales 2015” en *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. 2015.

OTAEGI, I. y ARMESTO, D. *Material “Fiscalidad Internacional” del máster en Asesoría Fiscal*. Cámara de Comercio, Bilbao.

PALAO TABOADA, C. “La subcapitalización”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.). *Fiscalidad internacional*, 4a ed.. Madrid: CEF, 2010.

PAREJO GARCÍA, B. “La regla de la delimitación de deducibilidad de intereses”. En ALMUDÍ CID, J.M. *La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi S.A.U., 2018 (BIB 2018\11536).

PÉREZ DELGADO, A. “Modificaciones en la BI de la Directiva contra la elusión fiscal”. Foro Aranzadi. Thomson Reuters Formación.

RUIZ ALMENDRAL, V. *Subcapitalización y libertad de establecimiento: el caso Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation” como una oportunidad para rehabilitar el artículo 20 del TRLIS*. 2008.

SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ, L. y VIANA BARRAL, V. “La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: Análisis normativo y comentario crítico” en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 33. 2012.

TABOADA, C. “La subcapitalización y los convenios de doble imposición”. En *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 137/138. 1995.

VEGA BORREGO, F.A. “La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario”. En *Crónica Tributaria*, n° 104. 2002.

8.2 Legislación

Territorio Común

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889).

Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1978).

Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE núm. 136, de 7 de junio de 1991).

Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1995).

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007).

Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2012).

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014).

Bizkaia

Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades (BOB 11 de julio de 1996).

Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2002).

Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOB de 13 diciembre de 2013).

NORMA FORAL 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia (BOB de 11 Marzo de 2005).

NORMA FORAL 2/2018, de 21 de marzo, por la que se caracterizan a efectos tributarios determinados fondos de inversión a largo plazo europeos y se introducen modificaciones en las Normas Forales del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Patrimonio, del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y del Régimen fiscal de Cooperativas, así como en la Norma Foral General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia (BOB núm. 61, de 27 de marzo de 2018).

Unión Europea

Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países. *DOUE* L 144/1 de 7 de junio de 2017.

Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. *DOUE* L 193/1 de 19 de julio de 2016.

Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. *DOUE* L 345/8 de 29 de diciembre de 2011.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *DOUE* C 326/49.

8.3 Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2002, as. C-324/00, Lanhorst Hohorst (ECLI:EU:C:2002:749).

Conclusiones del Abogado General Sr. L.A. Geelhoed presentadas el 29 de junio de 2006- Asunto C-524/04.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, as. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (ECLI:EU:C:2007:161).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013, as. C-282/2012 – *Itelcar* (ECLI:EU:C:2013:629).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 1 de octubre nº 7460/2009 (ECLI:ES:TS:2009:7460).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 17 de marzo nº 1825/2011 (nº rec.5871/2006).

8.3 Doctrina administrativa

Dirección General de Tributos. Consulta 2055-97, de 9 de octubre de 1997. Dirección General de Tributos. Consulta 1315-98, de 20 de julio de 1998. Dirección General de Tributos. Consulta 1210-01, de 20 de junio de 2001. Dirección General de Tributos. Consulta 1615-01, de 4 de septiembre de 2001.

Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Consulta nº 1, nº de BOICAC 78/junio 2009.

Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, en relación con la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades (*BOE* núm. 170 de 17 de julio de 2012).

ANEXO I. Criterio de imputación temporal de la LIS Criterio interpretativo 1

Suponiendo:

	Gasto financiero neto	30% beneficio operativo del periodo	Límite (30% del beneficio operativo + “bolsa” pendiente de deducir	Gastos financieros a deducir	“Bolsa” pendiente de deducir
Año 0	800.000	1.150.000	1.150.000	800.000	350.000
Año 1	1.200.000	950.000	950.000 + (1.150.000 - 800.000) = 1.300.000	950.000 (año 1) + 250.000 (año 0) = 1.200.000	1.300.000 - 1.200.000 = 100.000

Fuente: Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la Agencia Tributaria

Dado que en el año cero se genera una diferencia entre el 30 por ciento del beneficio operativo, el límite aplicable al año 1 lo constituye el 30 por ciento del beneficio operativo de ese periodo más la diferencia pendiente de deducir del año anterior (“bolsa”). No entra en aplicación el límite mínimo del millón de euros y la “bolsa” pendiente de deducir en el año 1 podrá adicionarse en los cuatro periodos sucesivos.

Suponiendo:

	Gasto financiero neto	30% beneficio operativo del periodo	Límite (30% del beneficio operativo + “bolsa” pendiente de deducir	Gastos financieros a deducir	“Bolsa” pendiente de deducir
Año 0	1.200.000	1.300.000	1.300.000	1.200.000	100.000
Año 1	1.400.000	800.000	800.000 + (900.000 - 800.000) = 900.000	1.000.000 (*)	—

Fuente: Elaboración propia

Si por aplicación de este criterio el total a deducir fuese inferior a un millón de euros se aplicaría el límite mínimo de un millón de euros y no quedaría beneficio operativo que arrastrar para los periodos impositivos sucesivos.

Criterio interpretativo 2

Suponiendo:

	Gasto financiero Neto	30% beneficio operativo del periodo	Gastos financieros a deducir por el beneficio operativo del periodo	Gastos financieros a deducir por el límite de 1 millón de euros	Gastos financieros a deducir por diferencia de beneficio operativo de años anteriores	Total gastos financieros deducibles	“Bolsa” pendiente de deducir
Año 0	800.000	1.150.000	800.000			800.000	1.150.000 - 800.000 = 350.000
Año 1	1.200.000	950.000	950.000	1.000.000 - 950.000 = 50.000	200.000	1.200.000	350.000 - 200.000 = 150.000

Fuente: Subdirección General de la Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la Agencia Tributaria

De acuerdo a este criterio, en primer lugar, se compara la cantidad a deducir conforme al 30 por ciento del beneficio operativo del periodo impositivo en cuestión con el límite mínimo del millón de euros de suerte que si la primera cantidad es inferior a esta, se aplicará esta última, procediendo luego la aplicación de las cantidades pendientes de deducir de periodos anteriores. De esta manera, si el 30 por ciento del beneficio operativo del periodo impositivo en cuestión es inferior un millón, por aplicación de este mínimo, será menor la cantidad necesaria de periodos anteriores para permitir la deducción de todo el gasto financiero neto del periodo y resultando una mayor cantidad pendiente de adicionar en los cuatro años siguientes y sucesivos.

En consecuencia, podemos afirmar que, en base a la elección del criterio interpretativo 1, la Administración Tributaria se muestra favorable a la recaudación en detrimento del contribuyente, que, en aplicación del segundo criterio, podría mantener una mayor trasladar una mayor cantidad de gastos financieros netos para su futura deducción.

ANEXO II. La limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en la Norma Foral 11/2013

APLICACIÓN DEL RATIO FIJO Y LA MINIMIS RULE	Caso 1	Caso 2	Caso 3
Gastos financieros	4.096.466,00	8.655.107,00	17.020.669,00
Ingresos financieros	0,00	509.000,00	3.077,00
Gastos financieros netos	4.096.466,00	8.146.107,00	17.017.592,00
Resultado de explotación	4.224.590,00	17.895.166,00	27.444.439,00
Amortización inmovilizado (+)	1.532.638,00	656.690,00	656.690,00
Imputación de subvenciones del inmovilizado (-)		253.000,00	
Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado (+/-)			
Dividendos de entidades participadas en al menos un 5% o 3% (cotizada) (+)			
Ingresos incluidos en las magnitudes anteriores si están exentos (-)			
Gastos incluidos en las magnitudes anteriores si no son deducibles (+)		2.931.121,00	
Beneficio operativo fiscal	5.757.228,00	21.229.977,00	27.448.135,00
30 por 100 del beneficio operativo fiscal	1.727.168,40	6.368.993,10	8.234.440,50
Mínimo de 3 millones de euros	3.000.000,00	3.000.000,00	3.000.000,00
Gastos financieros netos deducibles	3.000.000,00	6.368.993,10	8.234.440,50
Gastos financieros netos no deducibles	1.096.466,00	1.777.113,90	8.783.151,50

Fuente: PÉREZ DELGADO, A., "Modificaciones en la BI de la Directiva contra la elusión fiscal". Foro Aranzadi. Thomson Reuters Formación

IMPUTACIÓN TEMPORAL	PERIODO 1	PERIODO 2	PERIODO 3
Gastos financieros	9.523.451,00	Divid	Divid
Ingresos financieros	3.077,00	Divid	Divid
Gastos financieros netos	9.520.374,00		
Resultado de explotación	27.444.439,00		
Amortización inmovilizado (+)	3.696,00		
Imputación de subvenciones del inmovilizado (-)			
Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado (+/-)			
Dividendos de entidades participadas en al menos un 5% o 3% (cotizada) (+)			
Ingresos incluidos en las magnitudes anteriores si están exentos (-)			
Gastos incluidos en las magnitudes anteriores si no son deducibles (+)			
Beneficio operativo fiscal	27.448.135,00	29.536.555,00	26.042.719,00
30 por 100 del beneficio operativo fiscal	8.234.440,50	8.860.966,50	7.812.815,70
Mínimo de 3 millones de euros	3.000.000,00	3.000.000,00	3.000.000,00
Gastos financieros netos deducibles	8.234.440,50	6.453.660,00	7.812.815,70

*La limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en el
Impuesto sobre Sociedades: evolución legislativa y análisis comparativo*

Gastos financieros netos no deducibles (ajuste positivo en base imponible)	1.285.933,50	0,00	
Gastos financieros no deducidos de un periodo anterior a deducir en este periodo (ajuste negativo en base imponible)	0,00	1.285.933,50	
Diferencia entre el 30 por 100 del beneficio operativo fiscal y los gastos financieros netos deducidos	0,00	1.121.373,00	
Gastos financieros que se deducen aprovechando esa diferencia positiva	0,00	0,00	732.907,30
Diferencia entre el 30 por 100 del beneficio operativo fiscal y los gastos financieros netos deducidos			388.465,70

Fuente: PÉREZ DELGADO, A., "Modificaciones en la BI de la Directiva contra la elusión fiscal".
Foro Aranzadi. Thomson Reuters Formación.

ANEXO III. El doble límite de la Norma Foral 11/2013

La siguiente tabla pretende ilustrar la incidencia que tendría en el análisis de la deducibilidad de los gastos financieros según el criterio interpretativo adoptado.

Así, de acuerdo al primer criterio, procede hacer análisis de subcapitalización siempre y cuando no proceda la realización de ajuste positivo conforme al 25.bis.

Conforme al segundo criterio, solo procede el análisis del artículo 47 cuando, además de no proceder la realización de ajuste positivo conforme al 25.bis, no se registren gastos financieros superiores a tres millones de euros.

EL DOBLE LÍMITE DE LA NORMA FORAL 11/2013	CASO 1	CASO 2	CASO 3
Gasto Financiero Neto	4.000.000,00	2.000.000,00	4.000.000,00
30 por 100 b° operativo	3.000.000,00	3.000.000,00	6.000.000,00
<i>Minimis rule</i>	3.000.000,00	3.000.000,00	3.000.000,00
Deducible	3.000.000,00	2.000.000,00	4.000.000,00
Ajuste Positivo en base imponible (25.bis)	1.000.000,00	No	No
Subcapitalización (criterio 1)	No procede	Sí procede	Sí procede
Subcapitalización (criterio 2)	No procede	Sí procede	No procede

Fuente: Elaboración propia

Zeinu Bereizgarrien Araubide Juridikoa

JOSU J. SAGASTI AURREKOETXEA

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 6/07/2021

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 3/11/2021

Laburpena: Enpresentzat aparteko garrantzia hartzen dute zeinu bereizgarriek. Halakotzat hartzen dira enpresarioak erabiltzen dituen baliabideak, enpresa baten titular gisa bere burua «merkataritza izena» eta haren produktuak edo zerbitzuak «marka» lehiakideengandik bereizteko. Bi marka edo gehiago, berdinak edo antzekoak eta titular desberdinetakoak, aldi berean egotea ahalbidetzen da, betiere produktu edo zerbitzu desberdinei dagokienez erabiltzen badira. Hainbat gatazka sor daitezke domeinu-izenen eta zeinu bereizgarrien artean –batez ere markak– ere. Baina litekeena da, halaber, gatazka zeinu eta izen berdin-berdinen edo antzekoen artean gertatzea, baina jarduera-sektore desberdinetan jarduten duten subjektuen aldetik.

Gako-hitzak: zeinu bereizgarri, domeinu-izen, marka; elkar lehia.

Régimen jurídico de los signos distintivos

Resumen: Los signos distintivos adquieren especial relevancia para las empresas. Hablamos de aquellos recursos que utilizan los empresarios, como titulares de una empresa, para diferenciarse de sus competidores por su denominación «nombre comercial» o por sus productos o servicios «marca». Dos o más marcas iguales o similares de distinto titular pueden coexistir simultáneamente, siempre que se refieran

a productos o servicios diferentes. Igualmente, pueden producirse conflictos entre los signos distintivos, principalmente las marcas, y los nombres de dominio en internet. Es posible que el conflicto surja entre los signos y denominaciones iguales o similares pero respecto a sujetos que actúen en sectores de actividad diferenciados.

Palabras clave: signos distintivos, nombres de dominio, marcas, competencia.

Distinctive signs regulation

Abstract: The distinctive signs are especially relevant for companies. We are talking about those resources that businessmen use as the owners of a company in order to differentiate from their competitors by way of their denomination –«trade name»– or their products–«trademark». Two or more identical or similar trademarks can coexist simultaneously, providing they refer to different products or services. There also can arise conflicts among the distinctive signs, mainly trademarks and domain names in the Internet. It is possible that the conflict arises between signs and names identical or similar but with subjects acting in different business sectors.

Key words: distinctive signs, domain names, trade marks, competition.

AURKIBIDEA: I. ZEINU BEREIZGARRIEN FUNTZIOA ETA LE-GE-ARAUTZEA. II. MARKAK. 2.1 Bereizketa-irizpideak. 2.2 Markaren gaineko eskubidearen sortzea. 2.3 Marka nabariak eta entzutetsuak. 2.4 Marka eratzeko egokiak diren zeinuak eta marka-debekuak. 2.5 Marka emateko prozedura. 2.6 Markaren gaineko eskubidearen edukia. 2.7 Jabekidetz, esku-aldagarritasuna eta lizentziak. 2.8 Markaren iraungitzea: Deuseztasuna eta Iraungitzea. 2.9 Europar Batasuneko Marka. III. BESTE ZENBAIT ZEINU BEREIZGARRI. 3.1 Merkataritza izena. 3.2 Establezimenduaren errotulua. 3.3 Izendapen geografikoak. IV. ZEINU KIDEAK. INTERNETEKO DOMEINUAK. 4.1 Kontzeptua eta motak. 4.2 Eraentza printzipioak. 4.3 Gatazkak zeinu bereizgarriekin. 4.4 «Es» domeinu izenak erregistratzeko arauak.

I. ZEINU BEREIZGARRIEN FUNTZIOA ETA LEGE-ARAUTZEA

Industria-asmakuntzen sektorearekin batera, enpresentzat aparteko garrantzia hartzen dute zeinu bereizgarriek¹. Halakotzat hartzen dira

¹ Oinarritzko bibliografia: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. “Marcas y Derechos de Autor”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 240, Madrid, 2001, p. 405-420; *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2002. BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique. “Algunos aspectos de la reforma del Derecho español de los signos distintivos. Consideraciones sobre la Ley 17/2001, de Marcas”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 245, Madrid, 2002, págs. 1425-1460. BOTANA AGRA, Manuel. “La protección de las marcas internacionales en España”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 5, Madrid, 1978, págs. 399-432. CASADO CERVIÑO, Alberto. “Globalización y Propiedad Industrial: el escenario emergente”, en *Comunicaciones de Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, nº 49, Madrid, 2008, págs. 63-77. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *Derecho Privado de Internet*, Civitas, Cizur Menor, 2015. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Marcial Pons, Madrid 2004; “Dos rasgos característicos de la Ley de Marcas de 2001”, en *La Ley*, nº 5536; Madrid, 3 de mayo de 2002, págs. 1-4. FRANQUET SUGRAÑES, María Teresa. *El contrato de licencia de personality merchandising*, Barcelona, 2007. GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. “Los límites materiales a la acumulabilidad de las facultades propias del derecho de autor y las propias del derecho de marca [Posible problemática suscitada por usos promocionales y marcarios de catálogos comerciales no reivindicados como creaciones industriales o marcarias]”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Pofesor Vicent Chuliá, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013*, págs. 905-952. GARCÍA VIDAL, Ángel. *Derecho de Marcas e Internet*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002. GÓMEZ SEGADE, José Antonio. *Fuerza distintiva y secondary meaning» en el Derecho de los signos distintivos*, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 16, Madrid, 1995, págs. 175-200. GONDRA ROMERO, José María. “Teoría general de los signos de empresa”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Volumen I, Civitas, Madrid, 1996, págs. 829-868. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel. *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, Madrid, 2007. PANIAGUA ZURERA, Manuel. “El nuevo Derecho español de marcas (Comentarios a la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y a su Reglamento ejecutivo aprobado por Real Decreto 687/2002, de 12 de julio)”, en *Revista Derecho de los Negocios*, nº 147, Madrid, 2002, págs. 1-36. QUINTANA CARLO, Ignacio. “Las acciones de defensa de los derechos de Propiedad Intelectual e Industrial contra los intermediarios”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Pofesor Vicent Chuliá, Tirant Lo Blanch, Valencia,*

enpresarioak erabiltzen dituen baliabideak, enpresa baten titular gisa bere burua –«merkataritza izena»– eta haren produktuak edo zerbitzuak –«marka»– lehiakideengandik bereizteko. Erakunde horien funtsezko funtzio bereizgarria honela ulertzen da: Konkurrentzia Zuzenbidearen aritzean bezeria erakarri duen edozein enpresarioak –dagokion ahalegin eta arrisku ekonomikoarekin–, bera bere lehiakideengandik bereizteko eta bere produktuak lehiakideen produktuetatik bereizteko beharra eta interes duina sentitzen du. Horretarako, arategiak aipatutako zeinu bereizgarriak sortu eta arautzen ditu².

Beraz, zeinu bereizgarriek, funtsean, funtzio bereizle horren bidez, enpresa baten bidez ustiatutako jarduera batean lortutako bezeria biltzeko eta finkatzeko balio dute. Horretan interesa dute, bai enpresarioak, bai kontsumitzaileek, zeintzuk produktu edo zerbitzuen jatorriari dagokionez kaltegarriak izan dakizkiekeen nahasteak saihestu nahi baitituzte –Auzitegi Gorenaren 1998ko ekainaren 2ko epaia. RJ 3755–. Ondasun immaterialak dira eta titularrari –enpresariari– «*erga omnes*» erabilera eskusiboko eta baztertzailako eskubide aurkaragarria ematen diote³.

Zeinu horien funtzio bereizgarriak azaltzen du, halaber, horiei buruz oinarritzko printzipio aditzera eman ahal direla: alde batetik, «berritasun-printzipioa», zeinaren arabera erabiltzen hasten den zeinuak desber-

2013, págs. 1023-1052. TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Javier. “Límites a la ‘privatización’ del Derecho de Marcas”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 246, Madrid, 2002, págs. 1999-2004. VV.AA. *Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual. Estudios en Homenaje al Profesor Fernández-Novoa*, Marcial Pons, Madrid, 2010. AA.VV. *Comentarios a la Ley de Marcas* [Directores: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto & GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio], Aranzadi, Pamplona 2008.

² Tradizioz, establezimenduaren errotulua gehitu izan zaie, enpresarioaren egoitza fisikoa edo establezimendua bereizteko.

³ Auzitegi Gorenaren Epaia [AGE] 1942ko apirilaren 16koa, RJ 468; 2001eko martxoaren 23koa, RJ 4032; 1999ko otsailaren 18koa, RJ 660 eta 1997ko urriaren 6koa, RJ 7852.

dina izan behar baitu –ez nahasteko zentzuan– beste lehiakide batzuek aurretik erabilitakoen aldean, bestela, bereizketa lortu beharrean, nahasketa sortuko bailuke; bestalde, «espezialitate–printzipioa», zeinek bi marka edo gehiago, berdinak edo antzekoak eta titular desberdinetakoak, aldi berean egotea ahalbidetzen baitu, betiere produktu edo zerbitzu desberdinei dagokienez erabiltzen badira –Auzitegi Gorenaren 2000ko martxoaren 17ko epaia, RJ 2017–. Egoera bera esan liteke merkataritza izenei buruz; izen horiek merkataritzaren generoari eta egiten den jarduera ekonomiko zehatzari buruz baino ez dira eskusiboak⁴.

Gaur egun, gai hau –markak eta merkataritza izena– Markei buruzko abenduaren 7ko 17/2001 Lege [ML]⁵, bai eta Marken Legea Betearaz-

⁴ Marka Legeak -6.1.a) artikulua- eta Jurisprudenziak, horregatik, bi marka berdinen arteko bizikidetzatza ahalbidetzen dute, betiere produktu desberdinei buruzkoak badira [AGEk: 1970eko azaroaren 25ekoa, RJ 4904; 2000ko azaroaren 29koa, RJ 2001\42 [Kemin vs. Kemen]; 2000ko martxoaren 17koa, RJ 2000\2017 [Camel vs. Kamel]. Azken epai oso garrantzitsua da; alde batetik, «Camelen» ospea tabakoaren sektorean baieztatzen da eta, beraz, hortik kanpo, ezin izango zaio aurka egin hirugarren batek «Kamel» marka erabiltzeari, hirugarren horrek alde aurretik erregistratu baitu luringintzako artikuluetarako. Neurri batean, baieztapen hori eztabaidagarria da, onartzen bada, Auzitegiak egiten duen bezala, marka, ez soilik nabaria dela, baizik eta entzutetsua. Baina, beste alde batetik, «Kamel» markaren titularrei eragozten die «k letra «c» batez ordezkatzea, baita luringintzaren sektorean ere, horrek “besteren merkataritza osperen bidegabeko ustiapena” ekarriko lukeelako –1997ko maiatzaren 7ko AGE, RJ 3684–.

⁵ Lege berria hainbat inguruabarrek eskatzen zuten; besteak beste, 1988ko legea ezin zen guztiz egokitu marken arloko eskubide nazionalak harmonizatzeari buruzko Kontseiluaren 1988ko abenduaren 21eko 89/104/EEE Direktibara; egoera hori lege–testu berriarekin zuzentzen da. Gainera, horrekin batera, erreforma komenigarria zen, Zioen Azalpenaren beraren arabera, besteak beste, Konstituzio Auzitegiaren ekainaren 3ko 103/1999 Epaia doktrinara egokitzeko beharragatik –epai horrek Estatuaren eta Autonomia–Erkidegoen arteko eskumenak mugatzen zituen Industria–Jabetzaren arloan–. Era berean, jasotako nazioarteko konpromisoak jasotzeko engaiamendua zegoen [Merkataritzarekin lotutako Jabetza Intelektualaren Eskubideen Alderdiei buruzko Akordioa –«Trade–Related Aspects of Intellectual Property Rights –TRIPS–» Akordioa, zeinek Munduko Merkataritza Erakundea (MME) sortzeko 1994ko apirilaren 15eko Akordioa

teko Erregelamendua onartzen duen uztailaren 12ko 687/2002 Errege Dekretuaren bidez, arautzen da⁶. Establezimendu-errotuluak, aldiz, erregistro-babes espezifikoa izateari utzi dio, eta konkurrentzia desleiala zigortzen duen zuzenbidearen araubidean bilatu behar da babes hori⁷, bereziki konparazio- edo nahaste-egintza gisa, legez aurreikusitako betekizunak betetzen direnean.

Marken Legeari –23/2018 Errege Lege Dekretua– eta hura eraisteko Erregelamenduari – 687/2002 Errege Dekretua, 306/2019 Errege Dekretuak aldatua, Marken Legean 2018an sartutako aldaketetara egokitze-

osaten baitu; edo Jabetza Intelektualaren Mundu Erakundearen barruan onartutako Marken Zuzenbideari buruzko 1994ko urriaren 27ko Hitzarmeneko zenbait eskaera; edo Markei buruzko Legea, gaur egun Europar Batasuna den, markarako 1993ko abenduaren 20ko Kontseiluaren 40/94 Erregelamenduan xedatutakora egokitzeko kome-nigarritasuna –ez beharra–, justifikatzen ez diren alderdietan balorazio-kontraesanak edo zentzugabekeriak saihesteko. Beste kasu batzuetan, azkenik, lege- irtenbide berriek 1988ko Legea indarrean egon zen hamar urte baino gehiagoan metatutako esperientziari erantzuten diote soilik. Esperientzia horrek politika juridikoko beste irtenbide batzuk sartzea gomendatzen zuen, malguagoak edo beste ordenamendu juridiko batzuetan har-tutakoekin bat zetozenak.

⁶ AGUILÓ PIÑA, José Francisco. “La Reglamentación del Derecho de Marca en el Derecho Español, Internacional, Comunitario y Comparado”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 241 Madrid, 2001, págs. 1443-1514. ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio. “Consideraciones sobre algunas novedades de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 243, Madrid, 2002, págs. 15-44. CASADO CERVIÑO, Alberto. *Respuesta de las principales cuestiones sobre marcas farmacéuticas*, Centro de Estudios para el Fomento de la Investigación, Barcelona, 1993; *Derecho de Marcas y Protección de los Consumidores. El tratamiento del error del consumidor*, Tecnos, Madrid, 2000. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, María Cristina. *Los motivos legítimos que impiden el agotamiento del derecho de marca: el art. 7.2 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas y el art. 36.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas*, Comares, Granada, 2005. OTERO LASTRES, José Manuel. “La nueva Ley de Marcas de 7 de diciembre de 2001”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, Barcelona, 2002, págs. 663-686.

⁷ 17/2001 Legearen Zioen Azalpena.

ko- eragin dien erreforma sakona, funtsean, antzeko arrazoen ondorio da. Alde batetik, Europako araudia barne-ordenamenduan sartzeko beharrak eskatzen zuen; zehazki, 2015/2436 EB Direktiba, Marken arloko Estatu Kideen legeriak hurbiltzeari buruzkoa; bestetik, Marken Legea bera aldarrikatu zenetik nabarmendu ziren hutsune batzuk gainditzen saiatzeko komenigarria zen.

II. MARKAK

Marka, indarrena dagoen Legeak esaten duenez, “Enpresa baten produktua edo zerbitzuak beste baten produktu edo zerbitzuetatik bereizteko” balio duen zeinua da – MLren 4.1.a) artikulua-. Lege berriak markaren kontzeptuan egiten duen aldaketa garrantzitsuari erreparatu behar zaio; izan ere, «pertsona» ohiko aipamenaren ordez –1988ko ML 1. artikulua-, «enpresa» ezarri izan da. Marka, beraz, pertsona batek –marka indibiduala- edo pertsona-talde batek –marka kolektiboa- bere jarduera ekonomikoaren emaitza materiala edo ukigarria bereizteko erabiltzen duen zeinu bereizgarria da.

Dena den, marka eratu ahal izateko, zeinu horiek Marken Erregistroan ordezkarriak izan beharko dute, “agintari eskudunek eta, oro har, publiko orokorrak titularri emandako babesaren xede argi eta zehatza zehaztu ahal izan dezaten”. Zeinuari “irudikapen grafikoa” izatea eskatzen zion arauaren aurreko edukiaren aurrean, gaur egun indarrean dagoen bertsioak grafikoki adieraztea zailak diren zeinuak marka gisa erregistratzea errazten du⁸.- Markaren irudikapenerako –bai grafiko-

⁸ Hau usainen eta zaporeen kasua da: Lehen Auzialdiko Auzitegiaren 2005eko urriaren 27ko Epaiak, T- 305/04 Arazoan [Eden]: “marrubi helduaren usaina” usainen-marka moduan erregistratzea ukatu zela berretsi egin zen, hain zuzen ere, irudikapen grafikoa desegokia zelako; Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2002ko Abenduaren 12ko Epaiak, C-273/00 Arazoan [Sieckmann], bere aldetik, irudikapen grafikoen baldintza

rako edo beste era batekorako-, eskatzailearen eskura dagoen edozein baliabide erabili ahal izango da, baldin eta irudikapena argia, zehatza, bere baitan osatua, erraz eskuratzeko modukoa, ulergarria, iraunkorra eta objektiboa bada -687/2002 Errege Dekretuaren 2.1 artikulua-⁹.

II.1. Bereizketa-irizpideak

Legeak hainbat irizpide hartzen ditu kontuan, inplizituki edo esplizituki. Hala, marka, objektuaren arabera, izan daiteke, «produktukoa» edo «zerbitzukoa». Enpresariaren jardueraren izaeraren arabera, «marka industrialak» -fabrikatzaileek beren produktuen gainean jarritakoak- eta «marka komertzialak» -fabrikatzaileengandik erositako produktuak merkaturatzen edo banatzen dituztenek jarritakoak- bereizten dira -MLren 34.4 artikulua-. Titulartasunaren arabera, markak «banakakoak» izan daitezke, titularra pertsona fisiko edo juridiko bakarra denean; «kolektiboak»¹⁰, berriz, ekoizleen, fabrikatzaileen, merkatarien edo zerbitzu-emaileen elkargoez eskatu ahal izango dituzte, markaren titular den elkargo horretako kideen produktuak edo zerbitzuak eta beste enpresa batzuetako produktuetatik edo zerbitzuetatik merkaturatzen bereizteko -MLren 62.1 eta 2 artikulua-.

ez duela betetzen esan zuen, ezta formula kimikoak -pertsona gutxi izango lirakeelako delako usaina antzemateko gai-, ezta hitzen bidezko deskribapenak [“balsamiko-afrutatua kanela-arrasto arinekin] -ez baita behar bezain argia, zehatza eta objektiboa-, ezta usainaren laginak ere.

⁹ Honek Justizia Auzitegiak 2003ko Azaroaren 27ko Epaian ezarritako irizpideak errepikatzen ditu [C- 283/01- Shield Mark].

¹⁰ DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto. “Marcas Colectivas y Denominaciones Geográficas en la Ley 17/2001, de Marcas”, en «*Revista de Derecho Mercantil*», nº 247, Madrid, 2003, págs. 141-158. LARGO GIL, Rita. *Las Marcas Colectivas y las Marcas de Garantía*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2006. MONGE GIL, Ángel Luis. “Las Marcas Colectivas”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Volumen I, Civitas, Madrid, 1996, págs. 887-934.

Era berean, «marka kolektiboetatik» «berme-markak»¹¹ bereizten dira, hau da, enpresa askok beren titularraren¹² kontrolpean erabiltzen dituzten zeinu edo baliabideak, “aplikatzen zaizkien produktuek edo zerbitzuek betekizun komun batzuk betetzen dituztela ziurtatzen dutenak, batez ere kalitateari, osagaiei, jatorri geografikoari, baldintza teknikoei edo produktua egiteko edo zerbitzua emateko moduari dagokienez” –MLren 68. artikulua–. Legeak, ildo horretan, berme-markaren kontzeptua zabaltzen du nolabait, eta, bereziki, aukera ematen du jatorri-adierazpen geografikoa izan dadin –MLren 69.3 artikulua–. Aitzitik, Legetik «marka nagusien» eta «marka deribatuen»¹³ arteko dikotomia desagertu egiten da eta, horren ordez, aldaketa erantsiak dituen marka berri bat eskatzeko aukera zabalik geratzen da –(hala, Legearen Zioen Azalpena–.

Halaber, «marka nazionalei» edo «nazioartekoei» buruz hitz egiten da. Marka nazioartekotzat hartzen da, Jabetza Industrialerako Nazioarteko Erakundearen –WIPO¹⁴– Genevako Nazioarteko Bulegoan gordailutua izateagatik eta Espainian automatikoki erregistratutzat eta babestutzat jotzen da. Horretarako, bere jatorrizko herrialdean erregularki inskribatutako edozein marka, betiere Genevako Nazioarteko Bulegokoa bada, Batasuneko herrialde guztietan onartuko da gordailatzeko eta babesteko. Marka horren egoera 1891ko apirilaren 14ko Madrilgo Konferentzian sinatutako Batasunaren Hitzarmenean ezarri zen¹⁵.

¹¹ DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto. “La regulación de las marcas de garantía en la Ley 17/2001, de Marcas”, en *La Ley*, nº 5758. 10 de abril de 2003, Madrid, págs. 1-5.

¹² Titularrak ezin ditu markak babesten dituen produktu berdinak edo antzekoak fabrikatu edo merkaturatu.

¹³ Marka erregistratu baten titularrak eskatzen zituenak, marka nagusiaren gainean funtsezkoak ez diren aldaketekin –vide 1988ko ML 9. artikulua–.

¹⁴ «WIPO: World Intellectual Property Organization».

¹⁵ Espainiak 1978ko martxoaren 8an berretsi zuen -1979ko ekainaren 20ko «BOE»–.

Nazioarteko markak ez bezalakoak dira «Europar Batasuneko markak»-lehen, «erkidegokoak» zirenak-, gaur egun Kontseiluaren (EB) 207/2009, 2009ko otsailaren 26ko Europar Batasunaren Markari buruzko Erregelamenduan arautuak daudenak; hauen kasuan, Europar Batasuneko Jabetza Intelektualaren Bulegoan –«EUIPO»¹⁶-eskaera bakar baten bidez, marka, zuzenean, Europar Batasun osoko lurraldera hedatzen da eta marka nazionalekin batera egon daiteke.

2.2 Markaren gaineko eskubidearen sortzea

Interes handikoa da, teorikoa zein praktikoa, markarako eskubidea noiz sortzen den eta titularrak noiz eskuratzen duen argitzea. Funtsean, eztabaida izan daiteke ea zeinu- eskubidea titularraren alde erregistroan –Espainiako Patente eta Marken Bulegoan- inskribatuta sortzen den edo, aldiz, haren sorrerarekin eta erabilerarekin, inskripzioaren aurretik edo inskribatu gabe ere. Espainiako zuzenbidean denbora luzez egon da eztabaidagai hori, eta 1988ko Marken Legeak ebatzi zuen, erregistroaren izaera eratzaileren alde eginez. Irtenbide bera berresten da orain, honako hau adieraztean: “Markaren gaineko eskubidea lege honen xedapenen arabera baliozkotasunez egindako erregistroaren bidez eskuratzen da”-MLren 2.1 artikulua-. Legegileak, beraz, markaren gaineko eskubidea emateko bide arrunta erregistroa izatea nahi du¹⁷.

Dena den, aurreko printzipioa ez da kosta ahala kosta lortu nahi, ezta edonola ere. Horrela, oso kontuan hartzen da eskatzailearen fede ona edo

Nazioarteko markaren arauketa Espainian aztertzeko, *vide* MLren 79.etik 83.era bitarteko artikulua.

¹⁶ EUIPO: *European Union Intellectual Property Office*. Hau, Barne Merkaturia Harmonizatzeko Bulegoaren oinordekoa da eta bere egoitza Alacanten du.

¹⁷ FLAQUER RIUTORT, Juan. “La inmunidad registral de la marca en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 296, Madrid, 2015, págs.225-260.

txarra; izan ere, alde batetik, aukera ematen da markaren jabetza auzitegien aurrean aldarrikatzeko, baldin eta “hirugarren baten eskubideei iruzur eginez” eskatu bada, edo legezko edo kontratuzko obligazio bat urratzen bada, baldin eta aldarrikapen-ekintza marka argitaratu eta bost urteko epean gauzaten bada –MLren 2.2 artikulua–. Bestalde, deuseztasun absolutuaren kausa da –akzioa preskribaezina izanik– eskatzaileak fede txarrez jokatu izana marka- eskaera aurkeztean –MLren 51.1.b) artikulua–.

2.3 Marka nabariak eta entzutetsuak

Bestalde, okerra litzateke pentsatzea Marken Legeak ez duela kontuan hartzen markaren erregistroz kanpoko erabilera. Zehazki, aitortzen du, egoera jakin batzuetan, markaren gaineko eskubidea ez dela soilik erregistroan inskripzio egin baino lehenagoko sortze eta erabileraz sortzen, baizik eta erabilera hori gailendu daitekeela geroago erregistratutako zeinuaren aurka. Marka «nabariak» dira –1988ko Legean jada babestuta zeudenak– eta, Jabetza Industrial Babesteko Pariseko Batasunaren Hitzarmenaren 6.bis artikuluan adierazitakoarekin bat etorritik, alde batetik, marka berdina edo antzeko bat erregistratzearen aurka egiteko ahalmena ematen dute, produktu edo zerbitzu berdinei edo antzekoei buruzkoak izateagatik nahasmena sor badezakete –MLren 6.1 eta 2.d) artikulua–. Bestalde, deuseztasun-arrazoi erlatibo bat ematen dute –MLren 6.2.d) artikulua, 52.1 artikuluekin lotuta– eta, horrela, erregistratu gabeko marka nabariaren erabiltzaileak marka inskribatuaren deuseztasuna eskatu ahal izango du, baldin eta berdina bada produktu berdinentzat, edo berdina edo antzekoa bada, eta izendatutako produktuak berdinak edo antzekoak izateagatik, nahaste-arriskua badago. Beraz, kasu horietan ez da hausten «espezialitate-printzipioa».

Hala eta guztiz ere, markaren nabaritasunak ez du esan nahi, inola ere, marka horiek erregistroz kanpo daudenik; aitzitik, merkatuan du-

ten ezagutza-mailagatik markei buruz aldarrikatzen den ezaugarri bat da, marka horiek inskribatuta egon edo ez. Egia dena da, inskribatuta dauden ala ez kontuan hartuta, ondorioak desberdinak direla. Inskribatu gabe egotekotan, aurreko paragrafoan jada ikusi da zeintzuk diren ondorioak. Aitzitik, aurretik inskribatutako zeinuak entzutetsuak direnean, egoera bestelakoa da. Gaur egun, MLren 8. artikulua arautzen ditu, baina 23/2018 Errege Lege-Dekretuak buruturiko aurreko erreformonak ez bezala, ez ditu definitzen¹⁸. Izan ere, manuak jatorrizko bertsioan marka «nabariak» eta «entzutesuak» bereizten zituen bitartean, eta batzuen eta besteen deskribapen laburra eskaintzen zuen bitartean, egungo arauak hauxe besterik ez du adierazten: emandako babes hantitu egin behar dela baldin eta markak “Espainian ospea badu” –edo, Europar Batasuneko marka bat bada, haren lurraldean–. Hala ere, adierazpen hori 2015/2436 (EB) Direktibatik hitzez hitz hartzen denez, ziur asko Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak Direktibaz egin duen interpretazioaren arabera izango da. Bere ustez, «entzuteak» eskatzen du “dagokion publikoaren aldetik nolabaiteko ezagutza izatea, eta lortutzat jo behar da [...] markak babesten dituen produktu edo zerbitzuetatik interesa duen publikoaren zati batek ezagutzen duenean”¹⁹. Hori zehazteko, kontuan hartu behar dira “gai zehatzaren elementu egoki guztiak, hau da, markak lortutako merkatu-kuota, intentsitatea,

¹⁸ Vide AREÁN LALÍN, Manuel. “Tres apuntes sobre la notoriedad y el prestigio de las marcas, en Estudios de Derecho Mercantil” en *Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*. Volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 175–190. GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, Carlos. “Marcas notorias y renombradas”, *La Ley*, Madrid, 2005. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel. “En torno a la protección comunitaria de la marca notoriamente conocida”, en *Noticias de la Unión Europea*, nº 292; Madrid, 2009, págs. 47–61. SANCHO GARGALLO, Ignacio. “Alcance de la protección de la marca notoria en la jurisprudencia comunitaria”, en *Problemas actuales de Derecho de la Propiedad Industrial*, dirigido por Ramón MORRAL SOLDEVILLA, Thomson Reuters-Vivitas, Cizur Menor, 2011, págs. 141–156.

¹⁹ Vide 23/2018 Errege Lege-Dekretuaren Zioen Azalpena.

hedadura geografikoa eta erabileraren iraupena, bai eta enpresak hura sustatzeko egindako inbertsioen garrantzia ere”²⁰.

Marka bat ezaguna denean babestutako produktu eta zerbitzuetan interesa duen publikoaren zati handi baten artean²¹, babes berezia ematen zaio: debekatu egiten da gerora marka bera edo antzekoa erregistratzea, nahiz eta produktuak desberdinak izan; hau da, espezialitate-printzipioaren gaineratik babesa ematen zaio. Hala ere, hori gertatzeko, baldintza gehigarri bat bete behar da, hain zuzen ere, marka erregistratuta dagoen produktu edo zerbitzuetan interesa duten pertsonen esparrua oso txikia izan daitekeela ikusita. Izan ere, Legeak ezartzen duenez, “ondorengo marka bidezko arrazoirik gabe erabiliz gero, aurreko markaren izaera bereizgarriaren edo izen onaren abantaila desleiala lor daiteke, edo erabilerari hori kaltegarria izan daiteke izaera bereizgarri edo izen horretarako”. Azken batean, arauak bilatzen duena marka entzutetsuarekin nahastea prebenitzea da, titularrak irabazitako ospearen probetxua ekarriko lukeena, nahiz eta produktuak edo zerbitzuak desberdinak izan²².

2.4 Marka eratzeko egokiak diren zeinuak eta marka-debekuak

Legeak, adibide gisa, honako zeinu hauek, «bereziki», marka izan daitezkeela ezartzen du: a) hitzak edo hitz-konbinazioak, pertsonak identifikatzeko balio dutenak barne [«marka izendatzaileak»]; b) irudiak, figurak, sinboloak eta grafikoak [«marka grafikoak»]; c) letrak, zifrak eta horien konbinazioak; d) hiru dimentsioko formak, horien artean bilgarriak, ontziak, produktua-

²⁰ EBJAren 2015eko irailaren 3ko Epaia, C-125/14, Iron & Smith Kasua. Epai honek EBJAren 2009ko urriaren 6ko Epaia, C-301/07 Kasua aipatzen du.

²¹ Esparru hori biztanleriaren sektore oso txikia izan daiteke.

²² *Vide* EBJAren 2018ko maiatzaren 30eko Epaia, C-85/16 P, Kenzo eta Kenzo Estate Kasua. Gainera, kasu honetan adierazten da ondorengo markaren izena eskatzailearen izena izatea ez dela erregistratzeko baimena emateko “bidezko kausa”.

ren forma edo aurkezpena egonik [«marka- bilgarria»]; e) koloreak; f) soinu- zeinuak –aurreko legearekin alderatuta, berritasun bat dira²³.

Legeak jada aipatzen ez badu ere, aurreko ataletan aipatzen diren zeinuen edozein konbinazio ere posiblea izan daiteke [«marka mistoak»], bai eta marka animatuak –hau da, irudi animatuak edo mugimenduan daudenak– eta 687/2002 Errege Dekretuaren 2. artikuluan aipatutako gainerakoak. Ikusi zen bezala, MLren 4. artikulua aipatzen dituen zeinuek baldintza bikoitza bete behar dute: alde batetik, egokiak izan behar dute “enpresa baten produktuak edo zerbitzuak eta beste enpresa edo enpresetako batzuenetatik bereizteko”. Bestetik, babestu nahi den zeinua zein den argi eta zehatz zehazteko moduan irudikatzeko egokiak izan behar dute, eta horrek oso zaila izaten jarraituko du dastamen-marka edo usaimen-marken kasuan; izan ere, hauek ez dira agertzen 687/2002 Errege Dekretuaren 2. artikuluko zerrendan²⁴.

Beraz, zeinu bat marka gisa aukeratzeko orduan askatasun handia dago. Hala ere, ez da erabateko askatasuna, hainbat baitira Legeak berak ezartzen dituen debekuak²⁵. Debeku horiek oso garrantzitsuak dira, marka hori erregistratzea galarazteaz gain, marka deuseztatze arrazoi bihurtzen baitira, marka beraiek urratuz eman izan balitz. Bi debeku mota daude. Alde batetik, marka izan ezin dezaketen zeinuak –«erabate-

²³ FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. “La marca eslogan”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, Thomson Reuters-Civitas, 2011, págs. 203-209. FLAQUER RIUTORT, Juan. “Contribución al estudio de la marca patronímica”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*. Volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 1251-1280.

²⁴ Vide EBJAren 2002ko abenduaren 12ko Epaia, C-273/00, *Sieckmann* Kasua; Epaia honetan adierazten da usain baten lagin bat ez dela behar bezain egonkorra, ezta iraunkorra ere.

²⁵ ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO JOSÉ. “Las prohibiciones de registro en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 245, Madrid, 2002, págs. 1185-1232.

ko debekuak»: MLren 5. artikulua-; eta, bestetik, marka gisa erabiltzeko abstraktuki egokiak diren zeinuak, baina kasu konkretuan ezin izan daitezkeenak, normalean zeinu beraren gaineko aurretiazko eskubide bat dagoelako beste pertsona baten alde -«debequ erlatiboak»: MLren 6.etik 10.era bitarteko artikulua-.

2.4.1 Erabateko debekuak

Erabateko debeku garrantzitsuenei dagokienez, ezin dira marka gisa erregistratu, besteak beste, MLren 4. artikuluan jasotako «markaren» definizioan egokitzapenik ez duten zeinuak; bereziki, irudikapen grafikoa ezin izan dezaketena²⁶; ezta ezaugarri bereizgarririk ez duten zeinuak ere²⁷; ezta, hizkuntza arruntean edo merkataritzaren ohituretan, ohiko bihurtu direnak, markarekin bereizi nahi diren produktuak edo zerbitzuak izendatzeko -debekuan, erabilerak «arruntak bihurtutako» markak sartzen dira-; ez eta espeziea, kalitatea, kantitatea, destinoa, balioa, jatorri geografikoa eta produktuak lortzeko garaia izendatzeko balio duten zeinuz *soilik* osatutakoak ere²⁸; ezin dira ere inskribatu produktuaren izae-rak behartutako formaz edo emaitza tekniko bat lortzeko beharrezkoa den produktuaren formaz²⁹ soilik eratutako zeinuak; ezta Legearen, ordena publikoaren edo ohitura onen aurkako zeinuak ere; ezta publikoa

²⁶ «Marka usaintsuetarako» hala ulertu zuen Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2002ko abenduaren 12ko epaiak -«*Sieckmann*» kasua-, zeinak usainaren irudikapen grafiko gisa formula kimiko bat, hitz-deskribapen bat edo usain-lagin bat baztertu baitzituen.

²⁷ Idazketa zabala da, eta, besteak beste, aurreko MLren 11.1.a) artikulua zaharreko zeinu generikoz soilik osatutako markak hartzen ditu barne.

²⁸ Hala ere, hiru debeku absolutu horiek aplikaezinak izan daitezke, baldin eta horiek izan ditzaketen markak, bere erabileraren bitartez, «ondoriozko bereizgarritasuna» irabazi balu -«*secondary meaning*»: MLren 5.2 artikulua.

²⁹ Hau baliagarritasun-eredu baten kasua izango litzateke.

errakuntzara eragin dezaketenak³⁰; ezta ardo edo edari espiritutsuak identifikatzera aplikatuta, jatorri hori ez duten ardo edo edari espiritutsuak identifikatzen dituzten jatorri-adierazpenak dituzten edo diren zeinuak, nahiz eta produktuaren benetako jatorria adierazi edo adierazpen geografikoa itzulita edo lagunduta erabili, hala nola «mota», «klase», «estiloa», «imitazioa» edo antzeko adierazpenez³¹; ezta nazioaren ez administrazio publikoaren ikurrak. Nahiz eta jada ez egon “koloreari berez” buruzko debekurik -1988ko Marken Legearen 11.1 artikuluan gertatzen zen bezala-, eta, izatez, berariaz aitortu “koloreak” marka izan daitezkeen zeinuak direla, “forma eta ingurunerik gabeko bi kolore edo gehiagoren elkarren ondoan jartze hutsa edo imajina daitezkeen forma guztietan bi kolore edo gehiago aipatzea” ez da behar bezain zehatza. Zehaztasun-baldintza betetzen du, ordea, “koloreak modu lehenetsi eta iraunkorrean lotzen dituen xedapen sistematikoa” adierazten duen zeinuak³², edo kolorea, produktuan duen kokapenari dagokionez zehazten denean³³.

2.4.2 *Debeku erlatiboak*

Debeku erlatiboek eskatzaileak aukeratutako zeinuaren eta aurreko eskubide baten -normalean, marka- arteko identitate- edo antzekotasun-kasuei eragiten diete. Oro har, ez da esplizituki eskatzen -1988ko

³⁰ Adibidez, produktuaren edo zerbitzuaren izaera, kalitatea edo jatorri geografikoari buruz.

³¹ Hau Lege-berritasun garrantzitsu bat da, marken eta izendapen geografikoen arteko harremanak argitzeko helburua duena; bere barneratzea beharrezkoa zen, 1944ko Merkataritzarekin lotutako Jabetza Intelektualaren Eskubideen Alderdiei buruzko Akordioak eskatzen baitzuen. Aurreko debekuekiko oinarritzeko aldea da, axolagabea dela errakuntzarako eragitea «deslektutze -adierazpenen» bidez suntsitzen saiatzea.

³² EBJAren 2004ko ekainaren 24ko Epaia, C-49/02, «Heidelberger Bauchemi» Kasua.

³³ EBJAren 2018ko ekainaren 12ko Epaia [Louboutin]: Zapata baten zolaren kolore gorria.

MLaren 12 artikulua egiten zuen bezala- aurreko marka “eskatuta edo erregistratuta” egotea.

Zehatzago esanik, ez da onartzen marka gisa erregistratzea produktu edo zerbitzu berdinak izendatzen dituen aurreko marka baten berdinak diren zeinuak, ezta aurreko marka baten berdinak edo antzekoak direnak eta, izendatutako produktu edo zerbitzuak berdinak edo antzekoak izateagatik, publikoa nahasteko arriskua dagoenean ere –MLren

6.1 artikulua-. “Aurreko markatzat” hartzen ditu Legeak erregistratutako markak, Europar Batasuneko markak, batzuen eta besteen eskaerak eta erregistratu gabeko marka nabariak –MLren 6.2 artikulua-. Produktu edo zerbitzuen antzekotasuna, bestalde, kasuz kasu aztertu behar da. Horretarako, oinarri gisa hartzen da «Izendegia» izeneko³⁴, nahiz eta bi produktu edo zerbitzu klase berean inskribatze hutsa berez ez den erabakigarria haien antzekotasuna baieztatzeko, eta, era berean, ez den nahikoa klase desberdinetako kide izatea, kontrakoa mantentzeko³⁵.

Era berean, ezingo dira marka gisa erregistratu aurreko merkataritza-izen baten berdin-berdinak diren zeinuak, markaren eskaeraren xede diren produktuen berdinak diren jarduerak izendatzen dituztenak; ezta aurreko merkataritza-izen baten berdin-berdinak edo antzekoak, baldin eta, jardueren identitateagatik edo antzekotasunagatik, publikoa nahasketara eramán badaiteke –MLren 7 artikulua-.

Halaber, debeku erlatibo garrantzitsua da aldez aurretik marka eta merkataritza-izen entzutetsuak eta nabariak inskribatuak egotea. Esanenez, debeku erlatibo horien berezitasuna da ikur berdin-berdin edo antzeko baten marka gisa erregistratzea galarazteko balio dutela, nahiz

³⁴ 1957ko Nizako Akordioak ezarritako Marken Erregistorako Produktuen edo Zerbitzuen Nazioarteko Sailkapena.

³⁵ Auzitegi Gorenaren Epaiak, 1987ko apirilaren 29koa, RJ 2732; eta 1991ko urriaren 14koa, RJ 6920-.

eta erregistratu nahi den markarekin babestutako produktuak antzekoak ez izan³⁶.

Debeku erlatiboan zerrenda hori zenbait debekurekin osatzen da. Debeku horien bidez, markaren eta izenaren eskubidearen arteko gatazka konpondu nahi da, baita besteren ospea aprobetxatzea dakarten marken arazoa ere. Horrela, debekatuta dago produktu edo zerbitzu propioetarako izen zibila edo eskatzailea ez den pertsona bat identifikatzen duen irudia marka gisa erregistratzea, ez eta, «publiko orokorrenatzat», marka eskatu duen pertsona ez den beste pertsona bat identifikatzen duen izena, abizena, izengoitia edo beste edozein zeinu bat ere –MLren 9.1 a) eta b) artikulua; hori guztia, “behar bezalako baimena” egon ezean.

Era berean, ezingo dira marka gisa erregistratu pertsona juridiko baten merkataritza-izena, izendapena edo izen soziala, baldin eta marka erregistratuaren aurkezpen- edo lehentasun-data baino lehen, eskatzailea ez den beste pertsona bat trafikiko ekonomikoan identifikatzen bada, baldin eta, zeinu horien berdina edo antzekoa izateagatik eta haren aplikazio-eremua berdina edo antzekoa izateagatik, publikoa nahasteko arriskua badago –MLren 9.1.d) artikulua-. Manua garrantzitsua da, zeinuen eta izendapen sozialen arteko gatazkak hein handi batean konpontzen laguntzen baitu. Arau berriak ahalmena ematen dio pertsona juridikoari, bere izendapen edo sozietate-izena oinarri hartuta –hau da, marka gisa ere inskribatu gabea-, gerorago eskatutako marka bat ematearen aurka egiteko, baldin eta, zeinuen antzekotasunagatik eta aplikazio-eremuagatik, nahasmena sor badezake, betiere benetako hedapena frogatzen bada –“zeinu horien erabilera edo ezagutza nabaria lurralde nazional osoan”-. Hala ere, manuak zalantza batzuk sor ditzake, bereziki “merkataritza-izenaren” aipatzeari eta haren mugaketari, MLren 7.1 ar-

³⁶ MLren 8. artikulua, zalantzarik gabe, marka horien babesa indartzen du eta Lege berriaren aldaketa handienetako bat da.

tikuluan ezarritako debekuari dagokienez. Bestalde, ez da argitzen «aplikazio-eremua» esamoldearen zentzua, lurralde-eremua izan baitaiteke edo jarduera-sektoreari erreferentzia egin baitaiteke. Lehenengo kasuan -eta Legetik establezimendu-errotuluak desagertuta, udal hedadura baino ez zutenak-, ez da ikusten zein kasutan zeinu batzuek eta besteek aplikazio-eremu desberdina izango duten. Horregatik, hitz-tartea argi eta garbi interpretatu behar da jarduera-eremuaren zentzuan.

Azkenik, zalantzarik gabe, hasiera batean, ez dago inolako eragozpenik eskatzailearen izena, abizenak edo izenordea marka propio gisa erregistratzeko. Hala ere, marka horiek hirugarren baten alde eskatutako edo erregistratutako markaren batekin bat datozenean, Marken Legeak gaztaka erregistroko titular horren alde ebazten du³⁷.

2.5 Marka emateko prozedura

Adierazi izan den bezala, markaren gaineko eskubidea, oro har, “bailio osoz egindako erregistroaren” bidez eskuratzen da. Erregistroa Patente eta Marken Espainiako Bulegoan egiten da³⁸ eta produktu-mota bat edo batzuk hartu ahal izango ditu³⁹. Beraz, desagertu egiten da 1988ko MLren 19. artikuluko muga, zeinen arabera, eskaerak klase bat baino ezin baitzuen hartu barnean.

Hala ere -eta hemen datza lege berriaren berritasun handiena-, nabarmen sendotzen da Autonomia-Erkidegoek markaren gaineko erregistroa

³⁷ Hori da MLren 9.2 artikuluari eman behar zaion interpretazioa.

Vide EBJaren 2018ko Maiatzaren 30ko Epaia, C-85/16 P, «Kenzo Tsujimoto» Kasua.

³⁸ Oficina Española de Patentes y Marcas –OEPM–: Patente eta Marken Espainiako Bulegoa –PMEB–.

³⁹ Implizituki, MLren 12.2 artikulua «mota-anitzeko» marka onartzen du, gai honetan 1994ko urriaren 27ko Marken Zuzenbideari buruzko Tratatuaren barneratzen duena, Jabetza Intelektualaren Mundu Erakundearen baitan onartua.

emateko orduan duten zeregina. Hori guztia Konstituzio Auzitegiaren ekainaren 3ko 103/1999 Epaian ezarritako doktrina aplikatuz. Horrela, gaur egun, marka erregistratzeko eskaera “eskatzaileak egoitza edo establezimendu...serio eta eraginkorra duen Autonomia-Erkidegoko organo eskudunean” aurkeztu beharko da –MLren 11.1 artikulua⁴⁰. Gaur egun, Autonomia- Erkidegoei esleitutako eskumenak askoz ere zabalagoak dira. Hain zuzen ere, organo eskudunak aztertu behar ditu, alde batetik, eskaeraren betekizun formalak eta tasen ordainketa, eta, bestetik, eskatzaileak markaren erregistroa lortzeko legitimazioa duen. Prozedura eten ahal izango da irregulartasunak hautematen direnean, bai eta eskaerari uko egin ere, irregulartasunak behar bezala zuzentzen ez direnean –MLren 16. artikulua-.

Une horretan soilik bidaltzen dira PME Bra forma-azterketa gainditu duten eskaerak, eta eskaera Jabetza Industrialaren Buletin Ofizialean –JIBO– argitaratzen da –MLren 18. Artikulua– Era berean, PMEBk –eta hori Legearen berritasun bat da– “informazio gisa”, berak egindako aurrekotasunen bilaketa informatikoaren ondorioz detektatu dituen eta erregistroaren aurka egiteko interesa izan dezaketen, erregistratuta dauden zeinu berdinen edo antzekoen titularrei, jakinaraziko die. Baina PMEBk, ofizioz, ez ditu eskaerak izan ditzakeen debeku erlatiboak aztertzen eta nabarmentzen⁴¹. Egungo Legearen arabera, zeinuen arteko antzekotasunaren ondoriozko debeku erlatiboak interesdunek soilik alegatu behar izango dituzte, dagokion aurkakotza-izapidean –MLren 19. artiku-

⁴⁰ Aukera hori ere 1988ko MLak ere eskaintzen zuen, baina hautazko gisa soilik. Gainera, indargabetutako legearen pean, erakunde autonomikoa dokumentazioa jasotzera mugatzen zen, eginbide bidez aurkezpenaren eguna, ordua eta minutua agerraraztera, eta PME Bra bidaltzera –1988ko MLren 15.3 artikulua, erakunde hau baitzen eskaeraren azterketa formalak egiten zuena –1988ko MLren Artikulua-.

⁴¹ 1988ko MLren 27. artikulua, aldiz, bai agintzen zuen.

lua⁴². Izan ere, administrazio publikoak eta kontsumitzaileen elkargo eta erakundeek “idatzizko oharrak igorri ahal izango dituzte 5. artikuluko debekuak adieraziz”, hau da, debeku absolutuak -MLren 19. artikulua-. Bestalde, PMEbk, ofizioz, sakoneko azterketa bat egingo du, baina soilik nabarmenduko du eskaera erabateko debekuren batean edo MLren 9.1.b) artikuluan zehaztutako debeku erlatibo zehatzean erortzen den -MLren 20. artikulua-⁴³. Orientazio-aldaketa horrek -interesdunen esku uzten baita debeku erlatiboetarako buruzko salaketa egitea-, Legearen Zioen Azalpenaren arabera, hiru helburu ditu: batetik, Europako sistema gehiengotan normala denarekin bat egitea -eta, bereziki, 40/94 Erregelamenduan Europar Batasuneko marketarako buruz ezartzen denarekin-; bestetik, Administrazioak “gatazka artifizialak” planteatzea izateko saihestea -aurreko marka baten titularrak, agian, aurka egiteko interesik ez lukeenean; eta, azkenik, «azkartasunean eta eraginkortasunean irabazi».

Kontrakotasunak edo oharrak egonez gero, edo PMEbk erabateko debekuren bat duela egiaztatuz gero, prozedura eten egingo da eta alegazioak aurkezteko epe bat emango zaio eskatzaileari. Epe horri dagokionez -edo PMEbren aurrean prozedura baten esparruan ezartzen den beste edozeini dagokionez-, Legeak berrikuntza oso garrantzitsu bat sartzen du, «eskubideak berrezartzea» izenekoa -«*restitutio in integrum*»- -MLren artikulua-. Horren helburua epeen eragin preklusibo automatikoa eta zorrotza saihestea da. Hain zuzen ere, manuaaren arabera, PMEbren aurreko prozedura batean parte hartzen duen eskatzaileari -edo titularrari edo beste edozein pertsonari-, “inguruabarrek eskatutako arreta gutzia erakutsi arren, Bulego horri buruzko eperik errespetatu ezin izan balu, eskaera egin ondoren, eskubideak berrezarriko zaizkio, ezinta-

⁴² Arau honek aukera ematen die “kaltetuei” erregistroaren aurka egiteko, “II. Tituluan aurreikusitako debekuak argudiatuz”.

⁴³ “Eskatzailea ez den beste pertsona bat publiko orokorarentzat identifikatzen duen izen, abizen, izenorde edo beste zeinu oro”.

sunaren ondorio zuzena [...] eskubide bat galtzea izan balitz”. Eskaerak arrazoitua izan beharko du eta “urtebeteko epean baino ez da onartuko, bete gabeko epea amaitzen denetik zenbatzen hasita”. Hala ere, muga garrantzitsu bat ezartzen da, hau da, “ez da bidezkoa izango eskaeraren edo markaren gaineko eskubidea berrezartzea, baldin eta hura galdu eta berrezartzeko eskaera aurkezten den arte, hirugarren batek, fede onez, zeinu bera edo antzekoa eskatu edo erregistratu badu” –MLren 25.7 artikulua–.

Epea igarota, PMEBk markaren erregistroa onartzea edo ukatzea erabaki beharko du –MLren 21. eta 22. artikulua–; bi kasuetan, JIBOean argitaratuko da eta, aldeko ebazpena izanez gero, markaren erregistro-titulua emango da.

Legearen beste alderdi interesgarri bat da, marka emateko prozeduraren esparruan sor daitezkeen aldeak arbitrajearen mende jartzeko aukera, industria-diseinuaren kasuen antzera.

2.6 Markaren gaineko eskubidearen edukia

Marken funtzioa produktuei edo zerbitzuei izena ematea denez, hemen ez daude ematen asmakuntzak esparruan izaten diren arazoak; beraz, ez dago eragozpenik pertsona edo enpresa batek zeinu jakin bat mugarik gabe monopolizatu ahal izatea. Horregatik, marka baten gaineko erregistroa eta eskubidea hamar urterako ematen da, eta mugarik gabe berritu ahal izango da hamar urteko ondoz ondoko aldietan, betiere dagokion berritze-tasa ordaintzen bada –MLren 31., 32. eta 55. artikulua–⁴⁴.

⁴⁴ Aitzitik, desagertu egiten da bost urteko mantentze-tasak ordaintzeko betebeharra, nahiz eta Legeak ezarritako araubide iragankor konplexuaren arabera aplikagarriak izaten jarraitu denbora batez zen duten; bost urteko tasak desagertzearen arrazoa da Marken Zuzenbideari buruzko Tratatu, 1994ko urriaren 27koa, Espainiako zuzenbidean barneratu izana.

Legearen kezka bakarra titularrak marka benetan erabiltzea da⁴⁵, eta beste interesdun batzuek erabil ditzaketen markak beharrik gabe ez metatzea; horregatik, titularrari marka erabiltzeko betebeharra ezartzen zaio. Zehazki, indarrean dagoen Legeak – indargabetuak bezalaxe– eskatzen du marka, “erregistratuta dauden produktu edo zerbitzuetarako benetan eta egiazki Espainian erabiltzea”, emakida argitaratu eta bost urteko epean, eta erabilera hori ezin izango da eten bost urteko etengabeko epealdian. Hala ere, Espainian markaren erabiltzetzat hurrengo hauek onartuko dira: titularraren baimenarekin hirugarren batek egindakoa –adibidez, lizentziadun batek–, bai eta Espainian egindakoa ere, baina osorik esportaziora bideratuko diren produktueterako; edo erregistratutako markaren funtsezko ez diren elementuetan desberdina den markaren erabilera –MLren 39.2 artikulua–. Ez erabiltzeak berekin dakar iraungitzea eskatzeko aukera.

Markak eskubide bat ematen dio bere titularrari, erabilera-monopolio gisa itxuratua. Alde positibo bat du, eta horren arabera, markaren titularrak eskusiboki “erabili ahal izango du trafiko ekonomikoan”⁴⁶. Honela, adibidez, dagozkion produktuak edo zerbitzuak izendatu ahal izango ditu, baita merkatuan sartu ere, edo marka publizitate helbururako erabili. Alde negatiboan –«*ius prohibendi*»–, marka bera, produktu edo

Vide BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. “Los límites de los derechos conferidos por la marca. El uso meramente descriptivo de la marca ajena”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Vicent Chuliá*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 895-905. GARCÍA VIDAL, Ángel. *El uso descriptivo de la marca ajena*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

⁴⁵ CASADO CERVIÑO, Alberto. “Importaciones paralelas y agotamiento del derecho de marca”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 220, Madrid, 2002, págs. 9-22. DE LA FUENTE GARCÍA, Elena. *El uso de la marca y sus efectos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid 1999. PALAU RAMÍREZ, Felipe. *La obligación de uso de la marca*, Universitat de València, Valencia, 2005.

⁴⁶ MLren 34.1 artikulua kendu egiten du 1988ko MLren 30. artikulua markaren titularrari “bereziki” esleitzen zitzaizkion ahalmenen zerrenda.

zerbitzu berdinetarako edo antzekoetarako, PMEBn erregistratzeko on-dorengo saiakeraren aurka egin ahal izango du –MLren 6. artikulua aren pean eroriko bailitzateke–; baimendu gabeko hirugarrenek produktu berdinetarako zeinu bera edo antzeko edo pareko zeinu bat erabiltzea eragotzi ahal izango du, baldin eta produktu edo zerbitzu berdinak edo antzekoak izateagatik jendea nahasteko arriskua balego –MLren 34.2 artikulua–. Erregistratutako marka, gainera, nabaria edo oso entzutetsua balitz, babes-maila handiagoa da eta, beraz, ez da eskatzen produktuak edo zerbitzuak berdinak edo antzekoak izatea –MLren 34.2.c) eta 8. artikulua–. «Españian nabari ezagutzen diren» erregistratu gabeko markei dagokienez, arauak inskribatutako marken babes bera ematen die, baina espezialitate-printzipioa haustera iritsi gabe, erregistratutako marka nabari eta entzutetsuekin gertatzen den bezala –*vide* MLren 34.7 artikulua–.

Erabilera-monopolio honen helburua enpresariaren interesa babestea da, lehiakide batek ere –bere marka kopiatzean edo imitatzean– marka jakin batek bereizitako produktuaren ezaugarrien –kalitatearen edo prezioaren– bidez lortutako bezeroak ostu ez ditzan. Halaber, monopolio bereizgarri hori marka batera erakarrita edo lotuta dauden kontsumitzaileen edo bezeroen intereserako ere ezartzen da, marka bera edo antzeko bat beren produktuetarako bidegabeki erabiltzen duten beste lehiakide batzuk nahas ez ditzaten⁴⁷.

Marken Legeak interpretea argitzen du, hurrengoa, bereziki, adieraziz; hau da, debekatu ahal izango dela produktuetan edo horien aurkezpe-

⁴⁷ Honi dagokionez, paradigmaticoa da Auzitegi Gorenaren 1998ko otsailaren 23ko Epaia –R.J. 1164–, zeinek hurrengoa adierazten baitu; hau da, debekatuta dagoela “ontzi zilindriko bat erabiltzea, tapa gorriarekin eta gorputz horiarekin, kakao-hautsez egindako produktu bat merkaturatzeko, Nutrexparen alde inskribatutako markaren gaineko eskubide eskusiboan urratzen duelako –markak ontzia ere barnean hartzen du–, eta konkurrentzia desleialeko egintza bat delako, fede onaren eskakizunen aurkakoa –Konkurrentzia Desleial Legearen 5. [gaur egun 4.] artikulua–.

nean erregistratutako zeinua jartzea; produktuak eskaintzea, biltegitratzea, merkaturatzea edo zeinuarekin zerbitzuak ematea; zeinua merkataritza-izen edo sozietate izeneztapen gisa -edo horien osagarri gisa- erabiltzea; zeinua duten produktuak inportatzea edo esportatzea; zeinua merkataritza- dokumentuetan eta publizitatean erabiltzea; konparaziozko publizitatean zeinua 2006/114/EE Direktiban xedatutakoa urratzeko moduan erabiltzea⁴⁸; zeinua bilgarrietan edo etiketan jartzea edo baliabide horietako edozein egitea⁴⁹; eta, azkenik, “zeinua komunikazio telematikoko sareetan eta domeinu-izen gisa erabiltzea” –MLren 34.3 artikulua-. Azken debeku honek zeinu bereizgarrien eta Interneteko domeinu-izenen arteko harremanak argitzen ditu; beraz, printzipioz, markaren titularrak hirugarren batek bere marka atari edo web-orri batean eta domeinu-izen gisa erabiltzearen aurka egin ahal izango du.

Era berean, markaren titularrari hurrengo ezagutzen zaio; hau da, markak errepikatzen dituzten hiztegi edo entziklopedien editoreari

⁴⁸ Besteak beste, Direktiba honek legez kanpokotzat jotzen du konparaziozko publizitatea, baldin eta lehiakide baten marka, merkataritza-izen edo beste zeinu bereizgarri baten ospean abantaila bat bidegabe lortzea ahalbidetzen badu, edo ondasun edo zerbitzu bat marka edo merkataritza-izenarekin babestuz dauden ondasun edo zerbitzu baten erreplika edo imitazio gisa aurkezten badu -4.artikulua-.

⁴⁹ Legea hurrengo gai hauez ere arduratzen da: a) enbalajearen eta produktu jakin batzuekin lotuta markatutako beste elementu batzuen erabileraz, baldin eta erabiler horrek marka urratzen badu –MLren 34.4 artikulua-; b) hirugarren herrialdeetatik datozten produktuak Espainian sartzeaz –nahiz eta iragaitzakoa izan –, erregistratutako markaren zantzu berdín-berdinak badituzte –MLren 34.5 artikulua-. Hala ere, badirudi azken arau hori batez ere Europar Batasunekoak ez diren herrialdeetan jatorria duten faltsutzeetan pentsatzen ari dela –2015/2436 Direktibako 21. Kontuan-Hartuzkoa-. Kasu horietan, marka erregistratuaren titularrak sarrera hori debeka dezake, baina bere eskubidea azkendu egingo da baldin eta aduana-agintarien zaintzea Jabetza Intelektualaren Eskubideen betetzeari buruzko 608/2013 zenbakiko EB Erregelamenduaren arabera hasitako prozeduran egiaztatzen bada markaren titularrak ez zuela azken helmugako herrialdean merkaturatzea debekatzeko ahalmenik.

marka erregistratua dela ikusarazteko aukera, obraren hurrengo edizioan, beranduenez, sartu behar izanik –MLren 35. artikulua–. Arauaren helburua marka produktu edo zerbitzu horietarako zeinu generiko bihur ez dadin lortzea da.

Marka-eskubidea babesteko⁵⁰, zenbait akzio ezarri izan dira titular kaltetuaren alde. Akzio horietaz arduratzeko eskumena, eremu zibilean, 2017ko apirilaren 1etik aurrera, Botere Judizialaren Kontseilu Nagusiak patenteen gaien gaineko eskumena eskusiboki esleitzea erabaki duen Autonomia-Erkidegoetako Justizia-Auzitegi Nagusiaren egoitzako hiriko merkataritza-arloko epaitegiei dagokie –MLren 1. Xedapen Gehigarria, Patenteen Legearen XIII. Titulura bidaltzen duena du, Botere Judizialaren Lege Organikoaren 86.ter.2.a) artikuluaekin bat–. Hala ere, salbuespen gisa, Legean araututako marka eta gainerako zeinuen deuseztasuna eta iraungipena deklaratzeko eskumenak PMEBri dagozkio «zuzenean» –hau da, akzio gisa planteatzen bada–. Aitzitik, arazoa errekonbentzio bidez planteatzen bada, eskumena ordena zibileko auzitegietan datza –MLren Lehen Xedapen Gehigarria.2–. Akzio zibil horiek bost urteko preskripzio-epea dute –MLren 45. artikulua– eta honako hauek dira: bukaraztekoa; kalte-ordaina; urraketak jarraitzea saihesteko edo eragozteko neurriak hartzeko akzioa – bereziki, urraketa gauzatu den produktuak, bilgarriak eta etiketak kentzea–; markarekin legez kontra identifikatutako produktuak suntsitzea edo gizaldekoko helburuetara lagatzea, demandatzailearen auke-

⁵⁰ MERINO BAYLOS, Pedro. “Acerca de la posible reclamación de daños morales en acciones por infracción del derecho exclusivo sobre marcas notorias y renombradas”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 494, Madrid, 2001, págs. 1-12. MONTEAGUDO MONEDERO, Montiano. “El presupuesto de la violación del derecho de marca: utilización a título de marca vs. utilización en el tráfico económico para productos o servicios”, en *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 133-142. RUIZ MORENO, José María. “La protección cautelar de la marca: dificultades interpretativas de una doble regulación”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 248, Madrid, 2012, págs. 227-258.

ran eta kondenatuaren kontura, salbu eta zeinua produktuari eragin gabe ezabatu badaiteke edo suntsitzeak arau-hausleari neurritz kanpoko kaltea eragiten badio; enbargatutako produktuak, materialak eta baliabideak jabetzan esleitzea eta epaia kondenatuaren kontura argitaratzea –MLren 41. artikulua-. Nolanahi ere, bost urte baino gehiago inskribatuta daramatzen marka baten titularrak markaren berezko eskubideak soilik baliatu ahal izango ditu –MLren 34. artikulua– aipatutako akzioen bidez, baldin eta marka ezin bada iraungitze–deklarazio baten ondorio izan, ez erabiltzeagatik –marka ez erabiltzea erregistrotik lehenengo bost urteetan, edo, geroago, iraupen bereko etenik gabeko aldi batean–. Horretarako, demandatuak eskatuz gero, titularrak egiaztatu beharko du marka benetan erabili zuela edo ez erabiltzea justifikatzen duten arrazoiak daudela –MLren 41.2 artikulua-. Demanda judizio arruntaren izapideen bidez erabakiko da, salbu eta zenbateko erreklamazioei buruzkoa soilik bada; kasu horretan, zenbatekoaren arabera dagokion prozeduraren bidez bideratu beharko litzateke –Prozedura Zibilaren Legearen [PZL] 249.1.4. artikulua-.

Kalte–ordainari dagokionez, honek, alde batetik, izandako galerak –sortutako kaltea–, eta, bestetik, titularrak lortu ez dituen irabaziak –lortu gabeko irabazia– barne hartzen ditu. Kalte–ordaina kalkulatu da, kalte–dunaren aukeran, legeak berak ezartzen dituen irizpideetako baten arabera: ondorio ekonomiko negatiboak, horien artean, urraketarik izan ez balitz titularrak lortuko zituzkeen onurak eta arau–hausleak lortutako onurak; egintza horiek legez egiteko arau–hausleak ordaindu beharko zukeen lizentziaren prezioa MLren 43. artikulua-. Horrez gain, Legeak berritasun bat sartu du, hurrengo eskatu ahal izanik: “Arau–hausleak markaren prestigioari egindako kaltearen kalte– ordaina, bereziki legez kanpo markatutako produktuak gaizki egiteagatik edo produktu horiek merkatuan behar ez bezala aurkezteagatik” MLren 43.1 artikulua-.

Nolanahi ere, inolako frogarik eman beharrik gabe, marka–eskubidearen urraketa judizialki deklaritzen denean, titularrak, kalte–galeren

kalte-ordain gisa, legez kanpo markatutako produktu edo zerbitzuekin arau-hausleak egindako negozio-zifraren ehuneko bata jasotzeko eskubidea izango du –MLren 43.5 artikulua–.

Beste berezitasun bat da –badirudi nahitaezkoa dela– auzitegiak kalte-ordain «hertsatzaile» bat ezartzea, baldin eta urraketa-egintzen bukaraztera kondenatu izan bada –MLren 44. artikulua–. Kontuan izan behar da Legeak kalte-ordain gisa itxuratzen duela, eta ez hertsatzeko isun gisa –Konkurrentziaren Defentsarako Zuzenbidean gertatzen den bezala–. Horren zenbatekoa ezin izango da 600 eurotik beherakoa izan “urraketa benetan bukatu arte igarotako egun bakoitzeko”.

Hala ere, marka-eskubideak hainbat «muga» ezagutzen ditu. Horrela, produktu-marka baten titularrak eragotzi ahal izango du merkatariek edo banatzaileek fabrikatzailearen marka ezabatzea, baina ezin izango du eragotzi banatzaile horien berezko merkataritza- marka bereiz gehitzea –MLren 34.6 artikulua–.

Bestalde, markaren titularrak ezin izango die hirugarrenei produktuak markarekin merkaturatzea eragotzi, baldin eta titularrak edo haren baimenarekin –lizentziadun batena da kasurik ohikoena– Europako Esparru Ekonomikoan –EB gehi Liechtenstein, Norvegia eta Islandia– «merkaturatzea» gertatu izan bada –MLren 36. artikulua–. Hori guztia, salbu eta «bidezko zioek» aurkakotasuna justifikatzen badute –adibidez, aldatu edo aldarazi diren produktuak–. Manu berriak, 17/2001 Legearen aurretik Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren –EJJA– doktrinak ezarritako zerbait esplizituki adierazten du, hau da: agortzea ez dela Espainiako merkaturatzea mugatzen – 1988ko MLren 32.1 artikulua esaten zuen bezala– baizik eta «agortze komunitarioaz» hitz egin behar dela –egia esan, Europako Esparru Ekonomikora [EEEA] hedatua 1992tik–. Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren epai askok hala adierazi dute, eta hori ere jasota zegoen Marken arloko Lehen Direkti-

baren 7. artikuluan⁵¹. Modu berean, Auzitegi Gorenaren 2001eko irailaren 28ko epaia –RJ 8718– aipatu behar da, zeinak marka agortutzat jo baitzuen lizentziapeko rona ekoizten zuen enpresa ezagun baten kasuan, hirugarren batzuek Latinoamerikan fabrikatutako eta Holandatik inportatutako marka horren beraren ron legitimoaren inportazioei zegokienez.

Are gehiago, noizbait «nazioarteko edo munduko agortzeaz» agortzeaz ere hitz egin izan da⁵². Aipatutako Auzitegi Gorenaren 2001eko irailaren 28ko Epaia kasuan, ez da nazioarteko agortzea, baizik eta, hertsiki, Europar Batasuneko, rona Europara legez inportatua izan baitzen eta hemendik Espainiara sartzea galaraztea zen helburua. Izatez, Europar Batasuneko jurisprudentzia berrienaren argitan, ezin da «nazioarteko agortzeaz» hitz egin: markaren titularrak aurka egin diezaioke bere lurraldean markak babestutako ondasunak merkaturatzeari, baldin eta EEEtik kanpo merkaturatu badira, salbu eta EEE horretan inportatzeko baimena –espresuki edo isilbidez, baina eztabaida ezin moduan– eman badu⁵³.

⁵¹ 89/104/EEE Direktiba, 1988ko abenduaren 21ekoa.

⁵² Irtenbide horretara iristen da, nahiz eta Jabetza Industrialaren Estatutuan oinarrituta egon, Auzitegi Gorenaren 1985eko maiatzaren 15eko Epaia, RJ. 2393. Horrela, adierazten du Espainian markaren lizentzia duenak ezin diola aurka egin hirugarren batek marka hori bera erabiltzeari, marka horrek babesten dituen produktuak merkaturatzeko. Produktu horiek Estatu Batuetan erosi eta Espainiara inportatu ziren –inportazio paraleloak–.

⁵³ Doktrina horren adierazgarri gisa, *vide* EBJAren hurrengo Epaiak: 1998ko uztailaren 16koa –Silhouette International Schmied kasua–; 1999ko uztailaren 1ekoa –Sebago eta Maison Dubois kasu metatuak– eta, azkenik, 2001eko azaroaren 20koa –Dino Davidoff eta Levi Strauss kasu metatuak–, Erresuma Batura EEEtik kanpo egiten ziren inportazio paraleloei eragiten zieten auzi-aurreko arazo bana ebatziz; alde batetik, Singapurretik zetorren «Cool Water» eta «Davidoff Cool Water» markako kolonia, eta, bestetik, Ipar Amerikatik zetozen «Levi's» markako galtza bakeroak. Epaian, Auzitegiak, batez ere, hurrengo zehaztea bilatzen du, hau da, zein baldintzatan uler daitekeen markaren titularraren «isilbidezko baimena» emantzat markaren merkaturatzeari dagokionez EEEaren eremuan.

Era berean, marka baten titularrak ezin izango du hirugarren batek trafiko ekonomikoan bere izen-abizenak –hirugarrenarenak– erabiltzearen aurka egin, horiek markarekin bat datozenean, baldin eta erabilera hori “industria- edo merkataritza-arloko jardunbide leialen arabera egiten bada” –MLren 37.a) artikulua–⁵⁴. Antzeko zentzuan, ezin da eragozti hirugarren batek marka horren zeinu berdinak erabiltzea, baldin eta “espezieari, kalitateari, kantitateari, xedeari, balioari, jatorri geografikoari eta lorpen-garaiari buruzko adierazpenekin” bat badatoz –MLren 37.b) artikulua–. Halaber, ezingo du inoren marka erabiltzea debekatu, baldin eta hori «beharrezkoa» bada produktuaren beraren xedea adierazteko –MLren 33.2 artikulua–⁵⁵.

2.7 Jabekidetzatza, esku-aldagarritasuna eta lizentziak

Markak ondare-balio ukaezina du. Are gehiago, sarritan fabrikako edo merkataritzako marka enpresaren barruan ondare edo ekonomia balio handieneko ondasuna bihurtzen da. Horregatik, lagagarria edo eskualdagarria –MLren 46.2 artikulua–⁵⁶. Eskualdaketa enpresa osoarekin batera egin daiteke –izan ere, enpresa osoaren eskualdaketak marken

⁵⁴ 1988ko Legeak eskatzen zuen erabilera hori «fede onez» egitea eta «marka bidezko erabilerarik» ez izatea –33.1 artikulua–.

⁵⁵ Hau osagarrien edo ordeko piezen fabrikatzailearen kasua izango litzateke. Europar Batasunean, *vide* EBJAren 1999ko otsailaren 23ko Epaia –BMW vs. Ronald Karel Deenik kasua–, “BMW ibilgailuen konponketan espezializatutako” tailerra zela adierazten zuen ibilgailuak konpontzeko tailer bati buruzkoa: Tribunalaren iritziz, hori zilegi da, baldin eta ez bada markarekin lotura dagoenik sinetsarazten –halakorik ez dagoenean–, bereziki emakida ofizialekoa edo tailer ofizialekoa.

⁵⁶ GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. *El contrato de compraventa de marca. Consideraciones generales*, Comares, Granada, 2008. ORTUÑO BAEZA, María Teresa. *La licencia de marca*, Marcial Pons, Madrid, 2000; “La disciplina reguladora de la cesión de la marca en la Ley 17/2001: cuestiones relevantes”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 258, Madrid, 2005, págs.1379-1468.

eskualdatzea dakar, salbu eta kontrako itunik badago edo argi eta garbi ondorioztatzen bada ez dela halako eskualdaketarik izango: MLren 47. artikulua-; edo enpresatik bereizita -kasu hori berariaz onartzen du Legeak 46.2 artikuluan-. Baina marka berme gisa ere eman daiteke eta beste eskubide erreal batzuen xede izan daiteke -MLren 46.2 artikulua-. Era berean, jabekidetzaren xede izan daiteke -berariaz aurreikusitako eta araututako kasua MLren 46.1 artikuluan, arreta berezia markaren partaidetza-lagapenari ipiniz-.

Baina, duen maiztasun eta garrantzia direla-eta, dagokion lizentziaren bidez markaren erabilera aldi baterako lagatzeko aukera nabarmentzen da zalantzarik gabe. Lizentzia kontratu bat da, zeinaren bidez marka baten titularrak [lizentzia-emaileak] baimena ematen baitio beste pertsona bati [lizentzia-jasotzailea] marka hori denbora jakin batean ustiatzeko, kontra-prestazio baten truke. Garrantzi handia izan arren, Legean oso labur arautzen da, eta hutsune asko bete daitezke hurbilen dauden kontratueterako aurreikusitako araubidea erabiliz, hala nola patente-lizentziarena edo gauzen errentamenduarena. Lizentziek, markaren produktu guztiak edo batzuk har ditzakete barne, eta eskusiboak edo ez-esklusiboak ere izan daitezke, kontuan hartuta, hurrenez hurren, kasuan kasuko lurraldean -estatu osoa edo zati bat izan ahal izanik- lizentzia- jasotzaileak bakarrik erabil dezakeela marka, edo lizentzia-emaileak berak bakarrik erabil edo lizentzia gehiago eman dezakeela. Baina berariaz kontrakoa itundu ezean, lizentzia-jasotzaileak marka erabiltzeko eskubidea izango du erregistroak irauten duen bitartean, berritzeak barne, lurralde nazional osoan eta marka inskribatu den produktu edo zerbitzu guztiei dagokienez, eta lizentzia ez da eskusiboa izango -MLren 48.4 eta 5 artikulua-.

Nahiz eta markaren eskualdaketak eta lizentziak ez duten eskatzen, alderdien arteko baliozkotasunerako, formaltasun zehatz bat, “fede oneko”

hirugarrenen aurrean⁵⁷ PMEBren marken erregistroan inskribatu ondoren baino ezingo da aurka egin –MLren 46.3 artikulua–.

2.8 Markaren iraungitzea: Deuseztasuna eta Iraungitzea

Markaren erregistroa baliogabetu egiten da iraungitze eta deuseztasun arrazoiengatik; baliogabetze osoa edo partziala izan daiteke, erregistratuta zegoen produktu edo zerbitzu guztiei edo batzuei buruzkoa den kontuan hartuta.

2.8.1 Deuseztasuna

Deuseztasuna PMEBk deklaritzen du, zuzenean bada, edo jurisdikzio arrunteko auzitegiek, marka urratzeagatik akzio batean errekonbentzio-bidean bada, eta berekin dakar markaren erregistroa ez zela inoiz baliozkoa izan–MLren 51. artikulua–; Lehen Xedapen Gehigarria.2 eta 60.2 artikulua–. Marka baten deuseztasuna deklaritzen da eskatzaileak fede txarrez jokatu duelako marka-eskaera aurkeztean, eta MLren 3.1 eta 2 artikuluan eta 5. artikuluan xedatutako erabateko debekuak urratzeagatik –erabateko debekuak erabateko deuseztasunaren kausa bihurtzen dira–. Kasu horietan, deuseztasuna eskatzeko akzioak ez du preskribatzen –MLren 51.2 artikulua–.

Erabateko deuseztasuna eskatzeko legitimazioa dute: edozein pertsona fisiko edo juridikok edo kaltetutzat jotzen den eta gaitasun prozesala duen fabrikatzaile, ekoizle, merkatari edo kontsumitzaileen interesak ordezkatzeko eraturako edozein taldekatze, erakunde edo elkargok ere –MLren 58.1.a) artikulua–.

Aitzitik, MLren 6., 7., 8., 9. eta 10. artikuluetako debeku elatiboak deuseztasun erlatiboko kausa bihurtzen dira, ondorengo markaren deu-

⁵⁷ Xehetasun hori 2001eko Legeak gehitu zuen.

seztasun-deklarazioa eskatzeko ahalmena ematen dutenak. Eskaera egiteko legitimatuta daude, batez ere, marka bat erregistratzearen aurka egon daitezkeenak⁵⁸ –MLren 58.1.b) artikulua–. Izan ere, marka baten deuseztasun-eskaerak ez du aurrera egingo erregistratzen den unean behar bezala erlatibo bat dagoela ondorioztatzeko baldintzak betetzen ez badira. Gainera, garai hartako Erkidegoko markari buruzko Erregelamenduan⁵⁹ aurreikusitakoari jarraituz, *tolerantzia bidezko iraungipen-instituzioa* ezarri izan da⁶⁰ eta bere helburua hurrengo da, hau da, marka baten titularrak ondorengo marka berdina edo antzeko baten kontra deuseztasun-akzioa garaiz kanpo planteatu nahi izatea eragozteko, baldin eta “erabilera horren berri izan eta ondorengo bost urtez” onartu badu. Kasu horietan, ezin izango da ondorengo markaren deuseztasuna saiatu edo hura erabiltzearen aurka egin, salbu eta horren eskaera fede txarrez egin bada; kasu horretan, akzioa preskribaezina izango litzateke –MLren 52.2 artikulua–. Alabaina, ondorengo markaren titularrak ere ezin dio aurreko marka erabiltzeari aurka egin. Hau da, figurak bi marken aldi bereko izatea dakar. Nahi izanez gero, denboraren igarotzearen bidezko finkapen sistema bat dela uler daiteke, horri aurreko markaren titularraren jokabide jakin bat –tolerantziakoa– lotzen zaionean. Hala ere, ez da akzioa iraungitzeko preskripzio-kasu bat, tolerantzia bidezko iraungipenaren kasuan beharrezkoa baita, ez soilik denbora igarotzea –bost urte–, baizik eta, batez ere, betekizun subjektibo bat: aurreko markaren titularrak jakitea hirugarren bat marka hori trafikoan erabiltzen ari zela; horri gehitu behar zaio ondorengo markaren titularrak hura benetan erabili behar izan duela, hain zuzen ere aurreko markaren titularrak aktibo egon ez den denbora horretan.

⁵⁸ MLren 19.1 artikuluko b) eta e) arteko letretan aipatutako subjektuak.

⁵⁹ Gaur egungo Europar Batasuneko Markaren Erregelamenduaren 61. artikulua.

⁶⁰ Figura honek «*estoppel*» anglosaxoiarekin zerikusia du.

2.8.2 *Iraungitzea*

Deuseztasunaren aurrean, marka iraungitzea dago⁶¹, eta horrek ere baliogabetzea dakar, baina bestelako ondorioekin. Horrela, iraungitako marka ordura arte guztiz baliozkoa zen marka da; iraungitzearen ondorioak, oro har, marka eskatu edo errekonbentzio–demanda aurkeztu zen egunetik aurrera sortzen dira. Hala ere, alderdiak hala eskatuta, ondore horiek atzera eraman daitezke, iraungitzeko arrazoietako bat gertatu den unera arte –MLren 60.1 artikulua–.

Iraungitze kausak hainbat dira. Hala, iraungitzea markaren legezko bitzita amaitzeagatik deklaritzen da, hura berritu gabe, edo titularrak markari uko egiteagatik – MLren 54.3 artikulua–. Kasu horietan, iraungitzea PMEBk deklaritzen du oifizioz; beste batzuetan, iraungitzea eskatu egin behar da, bai PMEBren aurrean – zuzeneko bidetik–, bai jurisdikzio arruntaren aurrean –errekonbentzio bidez, marka urratze akzio erabiliz–. Hori egiteko legitimazioa erabateko deuseztasun-adierazpena eska dezaketen pertsona berdinek izango dute –MLren 58.1.a)–⁶². Lege berriak aldaketa garrantzitsuak dakartza arlo horretan, zalantzak baitzeuden 1988ko Erki-degoko Direktiba puntu horretan ondo barneratua ote zegoen. Horrela, iraungitze-ekintza bat planteatzen denean –marka bera bere produktuetarako erabili ahal izateko interesa duen batek–, legeak frogakargaren inbertsio handia ezartzen du. Markaren titularrak frogatu beharko du, eta ez iraungipenaren eskatzaileak, markaren erabilera edo erabilerarik eza justifikatzen duten kausak daudela –MLren 59.2 artikulua–. Hala ere, salbuespen garrantzitsu bat ezarri da, hau da, ezin izango da markaren iraungipena

⁶¹ ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. “La caducidad por tolerancia”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 281. Madrid, 2011, págs. 47-91.

⁶² Horixe gertatzen da, adibidez, marka MLren 39. artikuluaaren arabera erabili ez denean: eman zenetik bost urte igaro direnean, edo bost urte baino gehiagoan erabilera eraginkorra eten denean.

deklaratu, baldin eta titularra gai bada marka benetan erabiltzen hasi dela frogatzeko, “39. artikuluan aipatzen den bost urteko aldia amaitzen denetik iraungitze–demanda aurkezten den arteko tartean”. Hala ere, “demanda aurkeztu baino hiru hilabete lehenago erabilera hastea edo berriz hastea”⁶³ “ez da kontuan hartuko hasierako edo berrekiteko prestaketak titularrak iraungitze–demanda aurkez zitekeela jakin ondoren egin badira” –MLren 57. artikulua–. Manuaren idazketa korapilatua da, benetan, eta 1988ko MLren aurreko 53.a) artikulua baina askoz konplexuagoa⁶⁴. Hala eta guztiz ere, aitortu behar da, nahiz eta korapilatuagoa izan, MLren 58. artikulua egungo idazketa hobeto egokitzen zaiola 104/1989 Direktibaren 12.1 artikuluari –gaur egun, 2015/2436 Direktibaren 19.3 artikulua–⁶⁵.

Halaber, iraungitze–kausa izango da marka, merkataritzan, “titularren jarduera edo jarduerarik ezagatik, bera erregistratu den produktu edo zerbitzuaren ohiko izendapena” bihurtzen denean –MLren 54.1.b) artikulua–. Normalean, erabilerak «arruntak bihurtutako» marka izenekoak dira; hain zuzen ere, merkaturatu duten arrakasta dela eta, indar bereizgarria izateari uzten diotenak⁶⁶. Era berean, iraungitze–kausan sartzen dira mar-

⁶³ Epe hori, Legearen arabera, ez da bost urteko erabilerarik gabeko aldi etengabea amaitu baino lehen zenbatzen hasiko.

⁶⁴ 1988ko MLak. «*iuris et de iure*» presuntzioa ezartzen zuen, zeinaren arabera iraungitze–demanda jarri aurreko hiru hilabeteen barruan egiten zen edozein erabilera, iraungitze–akzioa baliatzearen hurbiltasunaren beldur edo ezagutzaren ondorio baitzen, eta, beraz, ez zuen balio erabilera «birgaitzeko».

⁶⁵ Hala ere, aipatu beharrekoa da Auzitegi Gorenaren 1999ko irailaren 22ko Epaia «Nike» kasuan. Horrela, 1988ko Legearen 53.a) artikulua Direktibaren 12. artikuluaekin bat etorritzat interpretatu behar zela alegatzen zuen, eta horrek birgaitze–erabilera ahalbidetzen duela, baita aurreko hiru hilabeteen barruan ere, betiere iraungitze–demanda laster aurkeztearen berri izan gabe gertatzen bada.

⁶⁶ Auzitegi Gorenaren Epaia, 2008ko abenduaren 22koa: RJ 1871: «BIO», bizifido aktiboekin hartzitutako jogurta izendatzeko ohiko esamoldea; Bartzelonako Probintzia Auzitegiaren epaia, 2004ko abenduaren 21ekoa –AC– 2005/11: «Gantxitoak».

kak, baldin eta, titularrak emandako erabileraren ondorioz, markak jendea nahas badezake, bereziki babestutako produktuen izaerari, kalitateari edo jatorri geografikoari dagokienez –*Vide* MLren 54.1.c) artikulua–.

2.9 Europar Batasuneko Marka

Europar Parlamentuaren eta Kontseiluaren Europar Batasuneko Markari buruzko 2009ko otsailaren 26ko 2017/1001 CE Erregelamenduan arautzen da [hemendik aurrera, EBME], 207/2009 Erregelamenduan jasotako aurreko erregulazioa bateratu eta, horrekin batera, indargabetzen duena⁶⁷. «Erkidego» markako Erregelamendu gisa promulgatu zenez, ha-

⁶⁷ CASADO CERVIÑO, Alberto. “El sistema comunitario de marcas: normas, jurisprudencia y práctica”, *Lex Nova*. Valladolid, 2000; “La defensa de la Marca y el Diseño Comunitario”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 247, Madrid, 2003, págs. 263–278. CASADO CERVIÑO, Alberto & LLOBREGAT HURTADO, María Luisa [Coordinadores]. *Comentarios a los Reglamentos sobre la Marca Comunitaria*, Dykinson, Madrid, 2000. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. *El sistema comunitario de marcas*, RDU, Madrid, 1995. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. “Renuncia y caducidad por tolerancia en el Reglamento 40/94/CEE, sobre la Marca Comunitaria”, en *Estudios de Derecho Mercantil: Homenaje al Profesor Justino F. Duque*. Volumen II, Universidad de Valladolid, 1998, págs. 977–986. GARCÍA LÓPEZ, Ricardo. “El riesgo de confusión en el Derecho de Marcas: Recientes aportaciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Revista Derecho de los Negocios*, n° 112, Madrid, 2000, págs. 10–24. GÓMEZ SÁNCHEZ, David. *La infracción de la marca comunitaria: Problemas de coexistencia con los derechos nacionales*, Marcial Pons, Madrid 2011; “Las normas de determinación del derecho nacional aplicable frente a una infracción de la Marca Comunitaria: La aplicación del Reglamento Roma-II”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo 31, Madrid, 2010– 2011, págs. 176–204. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso. “La cuestión del agotamiento internacional del Derecho de Marca en el ordenamiento comunitario”, en *La Ley*, n° 1», Madrid, 2002, págs. 1818– 1823. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel. *La Marca Comunitaria: Aspectos Procesales y de Derecho Internacional Privado del Reglamento sobre la Marca Comunitaria*, Bolonia 1997. MARCO ARCALÁ, Luis Alberto. *Las causas de denegación de registro de la Marca Comunitaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001. MARTÍN MATEO, Ramón & Díez SÁNCHEZ, Juan José. *La marca comunitaria. Derecho Público*, Trivium, Madrid, 1996. MASSAGUER FUENTES, José. “Las relaciones entre el Reglamento sobre la Marca Comunitaria y los Tratados Internacionales relativos a las Marcas”, en *Revista General de Derecho*,

ren gaur egungo errubrika abenduaren 16ko 2015/2424 EB Erregelamenduak ezarritako terminologia eguneratzearen ondorio da –Lisboako Tratatuak eskatutakoa–. Erregelamendu honek, sakoneko beste aldaketa batzuk alde batera utzita, «Erkidegoko markaren» aipamenen ordez «Europar Batasuneko marka» edo, besterik gabe, «Batasuneko marka» ezarri zuen. Erregelamendua 2016ko martxoaren 23an sartu zen indarrean, baina erreforma batzuk ez ziren aplikatu behar 2017ko urriaren 1era arte –2015/2424 Erregelamenduaren 4. artikulua–. Kontuan izan behar da, gainera, Batzordearen 2018ko martxoaren 5eko 2018/625 Erregelamendua Eskuordetua, prozedurazko gaitan EBME osatzen duena.

Izenak dioen bezala, benetako europar sorkuntza da. Horregatik, Europar Batasuneko herrialde guztietarako eskatutako nazioarteko marka ez den beste bat da.

2.9.1 Azaltze-Printzipioak

Batasuneko marka azaltzen duten printzipioen artean, «batasun-printzipioa» nabarmentzen da, zalantzarik gabe: Europar Batasuneko marka EBko lurralde osorako soilik eskatu eta eman daiteke –EBMEren 1.2 artikulua–. Eskaera bakarra egongo da, tasa bakarra, bulego bakar baten aurrean – Eu-

nº 621, Valencia, 1996, págs. 7107-7119. DE MEDRANO CABALLERO, Ignacio. “El Derecho Comunitario de Marcas. La noción de riesgo de confusión”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 234, Madrid, 1999, págs. 1515-1546. SANCHO GARGALLO, Ignacio. *Alcance de la protección...*, Ob. cit, págs. 141-156. SANZ DE ACEDO HECQUET, Etienne. “La protección de la marca renombrada en el Derecho Comunitario”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 236, Madrid, 2000, págs. 679-694. SOLER PASCUAL, Luis Antonio. “La marca comunitaria, modelos y dibujos comunitarios. Análisis de la implantación del Tribunal de Marcas de Alicante”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005. SORIANO GUZMÁN, Francisco José & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Marca Comunitaria: Competencia, Procedimiento y Derecho Internacional*, Comares, Granada 2006. VV.AA. *El Diseño Comunitario* [Coordinadores PALAO MORENO, Guillermo & CLEMENTE MEORO, Mario Enrique], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

ropar Batasuneko Jabetza Intelektualeko Bulegoa [EJBIB]–, Batzordearen eskumen delegatuak gauzatzen dituen. Hala ere, oinarritzko printzipio honekin batera, beste zenbait printzipioei buruz hitz egin daiteke⁶⁸:

a) Batasuneko marka eta marka nazionalen arteko «*aldi bereko izatearen printzipioa*», ez baitu ordeztuko joera. Aldi bereko izate edo parekatze horrek agerian uzten du Batasuneko marka baten erregistroak huts egin dezakeela aurreko marka nazional baten titularrak estatu kide batean aurka egiten badu, hau da, aurreko marka nazional baten titularrak edo are erregistratu gabeko zeinu bereizgarri baten titularrak aurka egin diezaioke Batasuneko marka baten ondorengo eskaerari; eta legitimatuta dago, halaber, dagoeneko erregistratuta dagoen Batasuneko marka baten deuseztasuna eskatzeko, nahaste–arriskua sortzen badu.

b) «*Autonomia-printzipioa*»: Europar Batasuneko markak europar arauen bidez arautuko dira soil–soilik, ez nazioko arauen bidez. Praktikan, hori ez da beti horrela, eta, beraz, «autonomia erlatiboaren» printzipioaz hitz egin beharko litzateke: EBMEk berak arazo jakin batzuk barne–Zuzenbideetara igortzen ditu⁶⁹. Nolanahi ere, kasu guztietan auzitegi bereziak arduratuko dira EBME aplikatzean sortzen diren arazoak ebazteaz – edo, hala balegokio, aplikatzekoak diren barne–zuzenbideko arauak–: Estatu Kideetako Lehen eta Bigarren Auzialdiko Europar Batasuneko marka–auzitegiak –EBMEren 123. eta hurrengo artikulua–.

⁶⁸ Vide FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. *El Sistema Comunitario de Marcas*, Montecorvo, Madrid, 1995; *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2004. GÓMEZ SEGADE, José Antonio. *La Interacción entre la Marca Comunitaria y la Marca Internacional del Sistema de Madrid*, en «Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor», Tomo 25, 2004–2005, Instituto de Derecho Industrial [Universidad de Santiago de Compostela] & Marcial Pons, págs. 407–416.

⁶⁹ Funtsean, lehen mailako garrantzia duten bi puntutan: eskubidea urratzeagatik akzioen arloan eta Batasuneko markak jabetza–objektu gisa duen araubide juridikoa.

2.9.2 Ukatzeko arrazoiak

Marka nazionalekin gertatzen den bezala, Batasuneko markak eratze-ko modukoak ez diren zeinu batzuk daude. Kasu batzuetan, debekua absolutua da –inoiz ezin dute marka izan–; besteetan, erlatiboan –abstraktuan, marka izan daitezke, baina kasu zehatzean debekatu egiten da, lehendik ere berdina den edo antzeko beste marka bat dagoelako–.

Baina ezin denez bermatu zeinu horiek inoiz ez direnik marka izango, «ukatzeko arrazoiak», aldi berean, Batasuneko markak deuseztatzeko arrazoiak bihurtzen dira.

Ukatzeko arrazoi «absolutuak» dira, besteak beste, ezaugarri bereizgarriarik ez duten zeinuak –EBMEren 4. eta 7. artikulua–. Kasu horretan sartuko lirateke zeinu *generikoak*, gaitasun edo indar bereizlerik ez dutelako; hala, markarekin babestu nahi den produktu–generoa, hasieran edo ondoren, izendatzen dutenak. Batasuneko marka denez, hizkuntzaren arazoa planteatzen da; nahikoa da, alde horretatik, EBko hizkuntzetako batean izaera generikoa izatearekin. Zeinu hutsalak –zirkulu bat, lerro zuzen bat– edo konplexuegiak direnak –adibidez, slogan marka luze-gia– ere izango lirateke.

Era berean, ukapen absolutuaren arrazoitzat jotzen dira beharrezko formez *soilik* osatutako zeinuak –adibidez, botila bat–, salbu eta forma oso berezi bat izan; edo erabilgarritasun–eredu bat badu –EBMEren 7.1.e) artikulua–. Halaber, ezingo da erregistratu “produktuei funtsezko balioa eragiten dion forma edo beste ezaugarri bat” – adibidez, industria–diseinua–; edo marka engainagarriak⁷⁰ –EBMEren 7.1.g) artikulua–; hau da, jendeari nahasmendua eragin diezaioketen markak, adibidez, produktuaren izaera, kalitatea edo jatorri geografikoari buruzkoak; edo estatuen eta nazioarteko erakundeen enblemez eratutako markak, baimena izan

⁷⁰ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel. *La marca engañosa*, Civitas, Madrid, 2002.

ezean –EBMEren 7.1.h) artikulua–; edo interes publikoko enblemez osatutako markak⁷¹, edo jatorri-deiturak eta adierazpen geografikoak babesteko arauetan oinarrituta erregistroa ukatzen zaizen zeinuak.

Hala ere, salbuespen gisa, izaera bereizgarririk ezagatiko ukapen-ka-suak –EBMEren 7. artikuluko b), c) eta d) letretakoak– ez dira aplikatu ahal izango, baldin eta zeinuak, erabileraren bidez, izaera bereizgarria izatea lortu izan balu –«*Secondary meaning*» edo «ondoriozko bereizgarritasuna»–⁷². Nolanahi ere, zalantzazkoa da salbuespen hori zeinu generikoei aplika dakiekeen.

Azkenik, ukatzeko arrazoi «erlatiboak» dira aldeztatik Batasuneko edo nazioko marka bat egotea, nahasmena sor dezakeena –EBMEren 8 artikulua–.

2.9.3 Batasuneko markaren gaineko eskubidea

Batasuneko markaren gaineko eskubidea Europar Batasuneko Jabetza Intelektualaren Bulegoan –«EUIPO»– erregistroa eginez eskuratzen da. EBMEak «erregistro- printzipioa» aukeratzen du, Batasuneko marka “jatorriz” eskuratzeko modu gisa –EBMEren 6 artikulua–. Hala ere, nolabaiteko babesa ematen zaie erregistroz kanpoko erabiltzaileei ere. Ildo horretan, EBMEren 8.2. c) eta 60.1.a) artikuluek, inskribatu gabeko marka nabari baten erabiltzaileari aukera ematen diote, marka hori Batasuneko markarekin nahas daitekeenean, eskatzeko, bai inskripzio eza, bai deuseztasuna.

Erregistratzeko prozedura luzea eta konplexua da eta EUIPOri zuzenean aurkeztu behar zaion eskaera batekin hasten da, eta hark bere-

⁷¹ Aurrekoa osatzen duen adierazpen zabala da, Autonomia Erkidegoen, probintzien edo udalerrien insignien, enblemen edo armarren erregistroa galarazten duena.

⁷² *Vide* EBMEren 7.3 artikulua.

hala emango du eskaeraren jaso-agiria –EBMEren 30. artikulua–⁷³. 2015eko erreformari dagokionez, ez da onartzen, eskaera bulegoan aurkeztu baitzen, eta aukera hori oraindik ere jasota dago MLren 84. artikuluan. Prozedurari berari dagokionez, Espainiako egungo Marken Legeak funtsezko hurbilketa eragin du markak emateko prozeduren artean –maila nazionalen eta Batasunarenean–. Horrela, 2001eko Legearen aurreko Espainiako sistemaren ezaugarri nagusia ofiziozko azterketa oso zurruna izatea zen, tradizionalki erabateko debekuak eta debeku erlatiboak barne hartu zituena. Hala ere, gaur egun, alde hori lausotu egin da neurri handi batean; izan ere, dakigunez, Marken Lege berriaren azpian, PMEB ofiziozko azterketara mugatzen da, funtsean, erabateko debekuak aztertzeraz. Hala ere, hirugarren interesdunak aurka jar daitezke, debeku absolutuetan nahiz erlatiboetan oinarrituta –MLren 19.1 artikulua–. Antzeko zerbait gertatzen da Batasuneko markaren eremuan: prozeduraren hasierako ofiziozko azterketa erabateko debekuetara mugatzen da –forma–alderdiak alde batera utzita: tasak ordaintzea, eskaera behar bezala egitea–; debeku erlatiboek dagokienez –egon litezkeen aurreko markak–, EUIPOk bilaketa bat egitera edo eskatzera mugatzen da, eskatzaileak horrela eskatzen badio –EBMEren 43. artikulua–. Horri dagokionez ikusten da bi prozeduren –naziokoaren eta batasunekoaren– arteko bateratasun nabarmena dela. Baina, aldi berean, hirugarrenek Batasuneko marka emateko aurkez ditzaketen aurkakotasunak ukatzeko kausa erlatiboek buruzkoak izan behar dira soil-soilik, ez debeku absolutuek buruzkoak; Espainiako Legearen pean, aldiz, hirugarren kaltetuen aurkakotasunak era guztietako debekuetara hedatzen dira. Aitzitik, oharpen batzuk egin daitezke, Bulegoak eskabidea ofizioz ukatzea justifikatzen duten arrazoiak ematen dituztenak, erabateko debekuetako batean oinarrituta, hain zuzen ere –EBMEren 45. eta 46. artikulua–.

⁷³ 2015eko erreformaz geroztik, ez da onartzen eskaera PMEBan aurkeztea; hala ere, MLren 84. artikuluan aukera hori gaur egun oraindik onartuta dago.

Europar Batasuneko esparrura mugatuz, EBMEren 46. artikulua erregulazioa eta honen igortzea EBMEren 8. artikulura nahasgarriak bada ere, aurka egiteko legitimazioa dute:

- a) Eskatzen den Batasuneko markaren berdinak diren aurreko Batasuneko edo nazioko marken titular eta eskatzaileek, produktu edo zerbitzu berdinetarako.
- b) Eskatzen den Batasuneko markaren berdinak edo antzekoak diren aurreko Batasuneko edo nazioko marken titular eta eskatzaileek, babestutako produktuak berdinak edo antzekoak izateagatik, jendea nahasteko arriskua dagoenean.
- c) Aurreko nazioarteko marken titularrak, aurreko ataletako inguruabarrak gertatzen direnean.
- d) Estatu Kide batean nabarmen ezagutzen diren aurreko marken titularrak, baldin eta marka nabaria eskatzen den markaren berdina edo nahasgarria bada.
- e) Europar Batasunean ospea duen –marka entzutetsua– aurreko Batasuneko edo nazioko marka baten titularra, nahiz eta produktuak edo zerbitzuak desberdinak izan, betiere berriaren erabiltzea ospearen ustiapen bidegabea bada.
- f) Nazioko marken erregistrokoak ez diren titularrak, baldin eta, beren zuzenbide nazionalaren arabera, Batasuneko marka erabiltzea debekatzeko legitimazioa badute.
- g) Markaren legezko titularrak, agente edo ordezkari batek, bai menik gabe, Batasuneko marka gisa erregistratzea eskatzen duenean.
- h) Jatorri-deitura edo adierazpen geografiko baten ondoriozko eskubideak, legeria aplikagarriaren arabera, egikaritzeko baimena duen edozein pertsonak.

2.9.4 EUIPO

Europar Batasuneko Jabetza Intelektualaren Bulegoa –«EUIPO»– Barne Merkatua Harmonizatzeko Bulegoaren –«BMHB»– ondorengoa da –Alacanten egoitza izanik– eta eginkizun garrantzitsuak betetzen ditu, batez ere marka emateko hasierako fasean, baina baita geroago ere, Batasuneko marka deuseztatzeko eta iraungitzeko eskumena duen erakundea baita. Hain zuzen ere, azken alderdi horretan, EUIPOk, adibidez, barne-eremuan ezezaguna den erliebe bat hartzen du: 2018ko erreformara arte, PMEBk ez du iraungipena deklaratzeko eskumen hain zabal hori, eta ez du deuseztasunerako eskumenik ere. Gaur egun, ordea, bulego baten eta bestearen funtzioak antzekoak dira.

Egiturari dagokionez, kudeaketa-organismoaz gain –Administrazio-Konseilua, Estatu Kide bakoitzeko ordezkari batek, Batzordeko bi ordezkari eta Europar Legebiltzarreko ordezkari batek osatua–, «Aztertzaileak» bereiztea komeni da, marka erregistratzeko prozesuaren lehen fasean nabarmentzen baitira. Hauek, eskaerak betekizun formalak betetzen dituen eta ukatzeko arrazoi absolutuetako batean sartuta dagoen ala ez egiaztatu beharko dute. Gainerakoan, EUIPOk hainbat administrazio-organismo ditu, hala nola:

- a) «Aurkakotasun Dibisioak»: pertsona anitzeko organoa da –hiru kide, horietako bat, gutxienez, jurista–, zeinen oinarriko eskumenak baitira, alde batetik, ukatzeko arrazoi erlatiboak ebaztea; bestetik, marka bat ematearen aurka dagoenak marka hori lehenago ere erabili duen ala ez erabakitzea –eskatzailak zalantzan jartzen badu–.
- b) «Erregistroa eramaten duen Saila»: Erregistroko inskripzioei buruzko ebazpenak emateko eskumena du.
- c) «Deuseztatzeko –iraungitza eta deuseztatza– Dibisioak»: Pertsona anitzeko organoa da, hiru kidez osatua, eta horietako

batek, gutxienez, jurista izan behar du. Batasuneko marka bat iraugitzeko eta deuseztatzeko eskaerei buruz ebazten du.

Era berean, batez ere, hiru «Errekurtso Aretoak» nabarmentzen dira, bakoitza hiru kidez osatua -horietako bi, gutxienez, legelariak-. Horien eskumenak, funtsean, honako hauen ebazpenen aurkako errekurtsoak ebaztea dira: Aztertzailak, Aurkakotasun-Dibisioak, Erregistroa eramatzen duen Saila eta Deuseztatzeko-Dibisioak. Beraz, apelazio- errekurtsoak ebazten dituen bigarren auzialdi gisa jokatzeko dute⁷⁴. Errekurtso-Areto horiek emandako ebazpenek balio handiko jurisprudentzia progresiboa eragin beharko dute. Era berean, Errekurtso-Aretoaren ebazpenen aurkako errekurtsoa Auzitegi Orokorren aurrean jar daiteke -EBMERen 72.1 artikulua-; horretarako, bi hilabeteko epea izango da, erabakia jakinarazten den egunetik zenbatzen hasita.

2.9.5 Marka-eskubidea urratzeagatiko akzioak

Batasuneko markaren titularrak bere aldeko eskusiba-eskubide bat du, bere edukari dagokionez, marka nazionalak ematen duenaren antzekoa. Eskubide hori zaintzeko, akzio batzuk ematen zaizkio titularrari. Arlo horretan, zuzenbide nazionala aplikagarria da, X. Kapituluaren xedatutakoa errespetatuz -EBMERen 122. artikulua eta hurrengoak-. Beraz, legitimazioari, akzioei eta kalte-ordainei buruzko gutzia, Batasuneko markaren gaineko eskubidea urratuz gero, barne Zuzenbideek arautzen dute. Europar Batasuneko marken Nazioko Auzitegiak dira eskudunak. Estatu Kideek ezarri beharko dituzte Auzitegi horiek -lehen eta bigarren auzialdikoak- “ahal bezain kopuru mugatuan”. Uztailaren 9ko 8/2003 Lege Organikoak, Konkurtso Erreformari buruzkoak, Botere Judizialaren Lege Organikoa -BJLO- aldatzen duenak, eskumen esku-

⁷⁴ Errekurtso horiek xehetasun handiz EBMERen VII. Kapituluaren -66.etik 73.era bitarteko artikuluetan- arautzen dira.

siboa ematen die Alacanteko merkataritza-arloko epaitegiei Batasuneko marken inguruan sor daitezkeen auziak aztertzeko, eta jurisdikzioa nazio-lurralde osora zabaltzen du⁷⁵.

2.9.6 *Iraungitzea eta deuseztasuna*

a) *Iraungitzea*.- Batasuneko marka iraungitzeko arrazoiei dagokienez, uko egitea edo berritu gabeko epea igarotzea alde batera utzita, erabilera ezagatiko iraungitzea nabarmentzen da -EBMERen 18. eta 58. artikulua-. Batasuneko marka hamar urterako ematen da, eta mugarik gabe luza daiteke epealdi berdinetan. Hala ere, titularra marka erabiltzera behartuta dago, “erregistratzen denetik bost urteko epean”, eta erabilera hori bost urtez jarraian ez eteteko obligazioa du -EBMERen 15. artikulua-. Erabilerak “eraginkorra” eta nabaria izan behar du. Erabilerarik ezagatiko zehapena, barne-mailan bezala, erabilerarik ezagatiko iraungipena da -EBMERen 58. artikulua-, eta edozein interesdunek eskatu ahal izango dio EUIPOri -baita errekonbentzio-demanda bidez ere-.

Berezitasun handiagoa du *tolerantzia bidezko iraungipen-instituzioa* diritzonak - EBMERen 61. artikulua-; egia esan, ez da iraungitze-kasu bat zentzu hertsian. Horren arabera, nazioko markaren titularrari ondorengo Batasuneko marka baten aurkako defentsa-akzioak kendu ahal zaizkio -funtsean, deuseztasuna eskatzeko aukera-, baldin eta kontzienteki bost urtez jarraian marka hori erabiltzea onartu badu bere nazioko marka babestuta zegoen Estatu Kide horretan, nahiz eta, izena gorabehera, nazioko marka horren benetako iraungitzea ez ekarri. Aipatu izan den bezala⁷⁶, «*estoppel*» doktrinaren europar egokitzapen bat da, Espainiako barne-legerian 2001eko Marka Legearen bidez ezarri izan dena.

⁷⁵ 2. artikulua, BJLOaren 86.bis artikulua txertatzen duena; *vide*, halaber, MLren 1. Xedapen Gehigarria, 23/2018 Errege Lege-Dekretuak aldatua.

⁷⁶ *Vide supra* 17. orrialdea.

b) *Deuseztasuna*.– Ukatzeko arrazoi absolutuak eta erlatiboak Batasuneko marka deuseztatzeko arrazoi bihurtzen dira. Deuseztasun absolutuaren arrazoiaren artean daude, alde batetik, ukapen absolutuaren arrazoiak –EBMeren 7. artikulua⁷⁷; bestetik, marka fede txarrez eskatu izana⁷⁸.

Deuseztasun erlatiboaren arrazoiaren artean, ukatzeko arrazoi erlatiboak⁷⁹, bai eta egile- eta jabetza industrialaren eskubide jakin batzuk ere⁸⁰.

Deuseztasuna foro desberdinetan eztabaidatzen da; EBMeren 63.etik 65.era bitarteko artikuluetan ezartzen den deuseztasun prozedura azaltzen bada, kasu horretan, EUIPOren aurrean ezarriko da – Deuseztatzeko Dibisioak–; aldiz, deuseztasuna errekonbentzio bidez eskatzen bada, orduan, Batasuneko markaren hauste-demanda izapidetzen ari den Europar Batasuneko marken Nazioko Auzitegi baten aurrean, alderdi demandatuak demandatzailearen marka deuseztatzearen auzia planteatu ahal izango du errekonbentzio bidezko demanda baten bidez.

Legitimazio aktiboa oso zabala da; horrela, legitimazioa dute: edozein pertsona fisiko edo juridiko, bereziki enpresarioen eta kontsumitzaileen elkargoek eta abar –EBMeren 63. artikulua–.

⁷⁷ Emateko izapidean oharpenak bakarrik egin ahal izan zitzaizkiren hirugarrenek, orain erabateko debeku hori baliatzeko aukera dute, prozedurako alderdi gisa onartzuz.

⁷⁸ Adibidez, titularrak marka eskatzean hirugarren baten eskubideei iruzur eginez jardun duenean.

⁷⁹ Aurreko zeinu berdinak edo nahasgarriak, «zeinu» gisa ulertuta, besteak beste, aurreko Batasuneko markak; Estatu Kide batean erregistratutako aurreko nazioko markak; aurreko nazioarteko markak, Estatu Kide bateko aurreko marka nabariak eta Europar Batasunean edo Estatu Kide batean entzutetsuak diren markak.

⁸⁰ Izan ere, deuseztasun-prozedura da titularrek lehen aldiz Europar Batasuneko marka batekin gatazkan sartzen diren nortasun-, egile- edo jabetza industrialaren eskubideak argudiatu ahal izateko esparrua, marken Espainiako Zuzenbidean ez bezala, non inguruabar horiek debeku erlatiboak baitira eta emakidaren unean jada balia baitaitezke.

III. BESTE ZENBAIT ZEINU BEREIZGARRI

3.1 Merkataritza izena

Merkataritza izena zeinu bereizgarria da, enpresaburua bere lehiakide-
engandik indibidualizatzeko eta bereizteko aukera ematen duena, enpre-
sa baten titularra den aldetik. Hala adierazten du Marka Legearen [ML,
hemendik aurrera] 87.1 artikulua: “Merkataritza izentzat hartzen da
enpresa bat merkataritza-trafikoan identifikatzen duen eta jarduera ber-
dinak edo antzekoak garatzen dituzten gainerako enpresetatik bereizteko
balio duen eta irudikapen grafikoa izan dezakeen zeinu oro”⁸¹.

Trafikoan parte hartzen duen edozein enpresak merkataritza izen bat
du. Hala ere, aurreko Markei buruzko Legean, izen horren inskripzioa
PMEBn aukerakoa zen soilik - 1988ko MLko 78.1 artikulua-. Gaur egun
zehaztasun hori desagertu egin da. Arrazoia hurrengo hau dela uste daite-
ke, hau da, Marken Lege berrian merkataritza izenaren arauketa marken
eraentzara hurbiltzea modu nabarmenean -*vide*, horrela Zioen azalpena-.

Merkataritza izena, bereziki, honako hauek osatu dezakete: a) izen pa-
tronimikoak, izen sozialak, pertsona juridikoen izendapenak; b) fanta-
siazko izendapenak; c) enpresa- jardueraren xedeari buruzko izendape-
nak; d) anagramak eta logotipoak; e) irudiak, figurak eta marrazkiak⁸²; eta
aurreko zeinuen edozein konbinazio (-87.2 ML). Azaldutakotik hurren-
goa ondorioztatzen da, Marken Legeak askatasun handiko irizpide bat
sartu duela pertsona fisikoen zein juridikoen merkataritza izena eratzeko,
enpresario-pertsona fisikoei beren izen eta abizenak ez diren fantasiako
merkataritza izenak erabiltzea baimentzen baitzaie.

Ohikoa da merkataritza izen eta marka gisa zeinu bera erabiltzea. In-
darrean dagoen Legeak kasu hori berariaz aipatzen ez badu ere -bai, or-

⁸¹ Horrela, aurreko Legearen 76. artikulua idazkera nahasia hobetu egin da.

⁸² Hau berritasuna da.

dea, 1988ko MLk-, ezerk ez du eragotzi behar. Normalena bi erregistro desberdin egitea izango da -bata, marka gisa, eta, bestea, merkataritza izen gisa-. Hala ere, hori -1988ko MLaren 78.3 artikulua ez bezala- jada ez da espresuki agintzen. Hain zuzen ere, hurrengo uste daiteke, hau da, deuseztasun erlatiboko kausen arloko arauketa berriak eta markaren eta merkataritza izenaren arteko funtsezko hurbilketak babes egokia ematea ahalbidetuko dutela, nahiz eta erregistro bikoitza egin ez.

Nahiz eta bat etorri ahal izan eta, askotan, hala gertatu, merkataritza izena ez bezalakoak dira banakako enpresarioaren izen zibila -nortasuna- edo pertsona juridiko-enpresariaren izendapena; bai sozietate pertsonalisten -kolektiboaren eta komanditarioen- sozietate- izena [Merkataritza Kodearen⁸³ 126. eta 146. artikulua]; bai sozietate kapitalisten -Sozietate Anonimo eta Erantzukizun Mugatuko Sozietateen⁸⁴- izendapena, nahitaez Merkataritza Erregistroan inskribatuta agertzen dena. Hala ere, eta nahiz eta figura desberdinak izan, erregistro desberdinetan inskribatzen direnak, merkataritza izenaren eta izendapen sozialen artean, oso posible da gatazkak planteatzea homonimia edo antzekotasun kasuetan, indarren dagoen Marken Legea -neurri batean behintzat- ebazten saiatzen dena. 1988ko Markei buruzko Legearen arabera, merkataritza izenak eta izendapen sozialak helburu desberdinak lortu nahi dituztenez, interesdunak ziurtatu behar zuen hautatutako zeinua libre edo erabilgarri zegoela, bai izendapen sozialen esparruan -Merkataritza Erregistro Zentralaren ziurtagiriaren bidez-, bai zeinu bereizgarrien esparruan. Bestela, epai judizial baten bidez sozietatearen izendapena baliogabetua izateko arriskua zuen, eta horrek aldatzera behartzen zuen, aurretiazko zeinu bereizgarri batekin

⁸³ Merkataritza Kodea: hemendik aurrera, MK.

⁸⁴ Sozietate Anonimoa: hemendik aurrera, SA.

Erantzukizun Mugatuko Sozietatea: hemendik aurrera, EMS.

bat zetorrelako edo nahasmena sortzen zuelako⁸⁵ Beste batzuetan, eta horri buruzko arau zehatzik ez zegoenez, posible zen jurisprudentziak, izendapena aldatzera behartu gabe, sozietatea kondenatzea izendapen sozial gisa soilik erabiltzera, zeinu bereizgarriaren funtziorik gabe⁸⁶.

Horiek ziren irtenbide posibleak 1988ko Legearen arabera. Legegilea arazo izugarriaren jakitun izan da eta askotariko irtenbideak eskaintzen saiatzen da. Horrela, izendapen soziala, izen soziala edo baita merkataritza izena ere, espresuki, debeku erlatibo bihurtzen dira, sozietateari marka- edo merkataritza izena- berdin-berdin edo antzeko bat erregistratzearen aurka egiteko ahalmena ematen diotenak, aplikazio-eremua berdina edo antzekoa izateagatik, inskribatu nahi den markaren -edo merkataritza izenaren- eta izendapen sozialaren artean publikoa nahasteko arriskua sor daitekeenean -MLaren 9 d) artikulua-⁸⁷. Hori guztia, baldin eta izendapen edo izen sozialaren edo merkataritza izenaren titularrak frogatzen badu “zeinu horien erabilera edo ezagutza nabarmena lurralde nazional osoan” -MLaren 9.1.d) artikulua-. Aldi berean, gatazka hori deuseztasun erlatiboko kausa bihurtzen du -MLaren 52.1 eta 91 artikulua-. Bestalde, aurreko Legean gaizki ebatzitako gai bati ere erantzun egokia ematen zaio -1988ko MLaren 77 artikulua-, hau da: Jabetza Industrial Babesteko Pariseko Batasunaren Hitzarmenaren 8. artikulua argudiatu ahal duten inskribatu gabeko merkataritza izen baten titular diren atzerritarrek aurka egiteko aukera berberak izango dituztela, baldin eta “erregistratu gabeko beren merkataritza izenaren erabilera edo ezagutza nabarmena Espainian egiaztatzen badute” -MLaren 9.1 d) artikulua-.

⁸⁵ Auzitegi Gorenaren Epaiak, 1985eko uztailaren 16koa eta 1995eko ekainaren 26koa. Eskuarki, egintza desleiala ere izan daiteke, Konkurrentzia Desleial Legearen -KDL- 6. eta 12. artikulua urratzen dituelako.

⁸⁶ Auzitegi Gorenaren 1994ko urriaren 21eko epaia.

⁸⁷ Artikulu hau merkataritza izenei ere aplikatu behar zaie, MLren 87.3 eta 88 artikuluen arabera.

Halere, aldi berean, Legeak beste fronte batean jarduten du –Merkataritza Erregistro Zentralak Sozietateen izendapenak egiaztatzean– eta eskatutako sozietate-izena ukatzeko agintzen du “marka edo merkataritza izen nabari edo entzutetsu batekin bat datorrenean edo nahasmena sor dezakeenean, lege honen arabera” –MLaren 14. Xedapen Gehigarria–.

Era berean, modu zorrotzean ebazten du epai batek marka-eskubi-dea –edo merkataritza izena– urratzeagatik sozietatearen izendapena aldatzea agintzen duenean sortutako arazoa eta sozietateak urtebeteko epean egiten ez duenean: ondorioa da sozietate hori “eskubide osoz deseginda” geratuko dela –MLaren 17. Xedapen Gehigarria–. Azken batean, hori guztia osatzen da Gobernuari ematen zaion aginduarekin, hots, Kongresuari izendapen sozialei buruzko Lege-Proiektu bat igortzeko aginduarekin –MLaren 18. Xedapen Gehigarria–.

Marken Legeak ez du ezer esaten merkataritza izen eratorriari buruz; izen hori enpresaburu batek sortu eta erabili ondoren, beste enpresaburu batek jasotzen du, ustiatzen jarraitzen duen beste enpresarioarengandik jasotako enpresa batekin batera, eskualdatzailearen merkataritza izenari eusteko. Kasu hori ohikoa da, merkataritza izena enpresa osoarekin eskualdatu ohi baita [izan ere, aurreko legeak baterako eskualdaketa baino ez zuen baimentzen –1988ko MLaren 79 artikulua–]; gaur egun, artikuluetan ez da ezer esaten, baina Legeak berak aldarrikatzen du merkataritza izenaren “lagapen askearen” printzipioa ezartzen dela, hau da, enpresatik kanpo –Zioen Azalpena–. Kasu horretan, eskuratzailleak –eskualdatutako enpresaren bezeroak mantentzeko– eskualdatzailearen merkataritza izena gorde dezake, nahiz eta patronimikoa izan, trafikoan erabiltzeko, nahiz eta bere izena ez izan.

Merkataritza izena *inter vivos* zein *mortis causa* eskualdatu daiteke, baina, esan bezala, normalean enpresarekin batera egingo da. Lehenengo kasuan, eskualdatzailearen eta eskuratzaillearen adostasuna eskatzen da, eta

komenigarria da eskualdaketa PMEBn inskribatzea, hirugarrenen aurrean ondorioak izan ditzan –MLaren 46.3, 49. eta 50. Artikuluak–, bereziki, titularrari esleitzen dion erabilera-esklusibotasuna –MLaren 90 artikulua–. Halaber, *mortis causa* eskualda dakioke enpresaren ustiapenean hildakoaren oinordekoa denari edo osorik edo erabat jasotzen duenari.

3.2 Establezimenduaren errotulua

Markei buruzko abenduaren 17ko 17/2001 Legearen artikuluetan ezabatu egin da establezimendu-errotuluaren erregistro-babesa, establezimendu bat jendeari ezagutarazteko eta jarduera berdinetara edo antzekoetara bideratutako beste batzuetatik bereizteko balio duen ikur edo izendapen gisa. Erabaki horretan, zeinaren justifikazioa ez baitago guztiz argi, badirudi arrazoi batzuk daudela, zeinu bereizgarri gisa duten garrantzi kualitatibo erlatiboarekin zerikusia dutenak. Aurrekoak ez du esan nahi, jakina, desagertuko direnik, ez eta arauketarik gabe geratuko direnik ere: arauketa konkurrentzia desleiala erreprimitzeko arau orokorretan bilatu beharko da. Marka Legearen Zioen Azalpenak, baita eta bere 3. Xedapen Iragankorrak, arautegi horretara berariaz bidaltzen dute. Zehatzago, 6. artikulura [nahaste-egintzak] eta 12. artikulura [besteren ospearean ustiapena] jo ahal izango da, eta, hala balegokio, 11. artikulura [imitazio-egintzak].

3.3 Izendapen geografikoak

Zeinu bereizgarrien sektorean sartu behar dira, halaber, «Izendapen geografikoak», eta halakotzat jo daitezke haiek babestutako produktu edo zerbitzuak zein leku geografikotatik datozen adierazten dutenak⁸⁸.

⁸⁸ GÓMEZ LOZANO, María del Mar. “Algunas observaciones sobre el vigente régimen jurídico de las indicaciones geográficas”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 233, Madrid, 1999, págs. 1163-1190; “La denominación geoturística como estratégica de la promoción de

Arlo honetan hainbat arazo adierazi daitezke. Alde batetik, marka gisa izendapen geografiko bat erabiltzeko arazoa azaltzen da. Hasiera batean, erantzunak ezezkua izan behar du, kontuan hartuta MLaren 5.1.c), g), h), i) eta j) artikulua ezartzen dituen marka izateko erabateko debekua; debeku hauek hurrengo zeinu hauek eragozten dituzte marka izateko: a) produktuaren “jatorri geografikoa” izendatzeko balio duten zeinuz “*soil-soilik* osatutako” zeinuak; b) Jatorri-deituren, adierazpen geografikoen, ardoen termino tradizionalen eta espezialitate tradizional bermatuen arloko nazioko edo nazioarteko legediaren arabera baztertuta geratzen diren zeinuak⁸⁹. Oro har, eta 1988ko Legearekin alderatuta, esan daiteke murriztu egiten dela marka gisa izendapen geografiko bat erabiltzeko aukera. Kontuan izan behar da, gainera, MLaren 5.1.g), h), i) eta j) artikulua adierazten dituen debekuei dagokienez, ez dela aplikatuko MLaren 5.2 artikulua ezartzen duen «bereizgarritasun eratorriaren doktrina»⁹⁰. Hala eta guztiz ere, Hala eta guztiz ere, adierazpen geografi-

los destinos turísticos en España. Consideraciones sobre su régimen jurídico”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 236, Madrid, 2000, págs. 695-716. GUILLÉN GARAU, JAVIER. *Denominaciones geográficas de calidad. Estudio de su reconocimiento y protección en la O.M.C., la UE y el Derecho español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008. JIMÉNEZ BLANCO, PILAR. “La protección de las denominaciones geográficas en el ámbito comunitario. Comentario a la Sentencia TJCE de 7 de Mayo de 1997”, en *La Ley*, nº 5, Madrid, 1997, págs. 1740-1743. MAROÑO GARGALLO, MARÍA DEL MAR. *La protección jurídica de las denominaciones de origen en los Derechos español y comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 2002. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ÁNGEL. *La tutela comunitaria de las denominaciones geográficas. Conflictos con otros signos distintivos*, Atelier, Barcelona, 2008. PÉREZ PEREIRA, MARÍA. “Problemas que se plantean entre nombres de dominio y marcas en Internet, en *Revista de la Contratación Electrónica*”, nº 20, Madrid, 2001, págs. 41-60.

⁸⁹ Hau 17/2001 Legearen berritasuna da, 1994ko Europar Batasuneko Markaren Erregelamenduan ezarrita duena. Alderatu ere, 6/2015 Legearen 13.5 artikulua, Jatorri-Deiturei eta Adierazpen Geografiko Babestuei buruzkoa. Lege honetan eta 2012ko Azaroaren 21eko 1151/2012 Europar Erregelamenduko 14.1 artikuluan Jatorri-Deituretarako eta Adierazpen Geografikoetarako debekua agertzen da.

⁹⁰ Doktrina horren arabera, marka-debeku batzuk aplikatzeari utz dakioke, baldin eta markak, nahiz eta beraiek izan, izaera bereizgarria hartu izan balu, marka erabiltzearen ondorioz.

koak erabil daitezkeela ulertu behar da, adierazpen deslokalizataileekin batera erabiltzen direnean, fantasiazkoak soilik izan daitezten, edo markaren osagarri izan daitezten, fabrikatzailea zonaldekoa denean, Berariazko legeriak debekatzen ez badu.

Hala eta guztiz ere, eta hain zuzen ere bere xedea dela-eta, MLaren 5.1.c) artikuluko debekua ez zaie aplikatzen ere marka kolektiboetara eta berme-markei, produktuen jatorri geografikoari buruzko errakuntzarik eragiten ez badu⁹¹. Are gehiago, berariaz aurreikusten da marka kolektibo- edo berme-marka- gisa “jatorri geografikoaren adierazpen” bat izan daitekeela –63.2 eta 69.3 MLaren artikulua-. Hala ere, marka kolektiboak edo berme-markak ez diote titularrari ahalmenik ematen “izendapen geografiko bat erabiltzeko baimena duen hirugarren bati aurka egiteko” MLaren 62.3, *in fine*, artikulua-.

Hori alde batera utzita, jatorri adierazpen faltsuak erabiltzea konkurrentzia desleialeko egintzat har liteke, bai engainagarria izateagatik –KDLaren 5. artikulua-, bai besteren ospearen ustiapen-egintzetan sar daitekeelako –KDL 12.2 artikulua-; manu hauek debekatu egiten dute, bereziki, “[...] jatorri-deitura faltsuak erabiltzea, produktuaren benetako jatorriari buruzko adierazpenarekin batera, edo “eredu”, “sistema”, “mota”, “era” edo antzeko esamoldeak erabiltzea”. Halaber, eta jatorriari buruzko adierazpen faltsuak publizitateaz baliatu badira, zilegi ez den publizitatea izan daiteke, engainagarria delako

–Publizitateari buruzko Lege Orokorren [hemendik aurrera, PLO] 3.e) artikulua–⁹².

Eraentza berezia duten izendapen geografikoak daude. Babestutako jatorri-deiturak –BJD– eta babestutako adierazpen geografikoak –BAG–

⁹¹ Alderatu MLaren 62.3 eta 68.3 artikuluen salbuespenak.

⁹² Manu honek Konkurrentzia Desleialaren Legean xedatutakora birbidaltzen du.

dira, maiatzaren 12ko 6/2015 Legean arautuak. Lege honek indargabetu egiten ditu Mahastiari eta Ardoari buruzko uztailaren 10eko 24/2003 Legearen gai horri eskainitako manuak, nahiz eta haien aplikazio-eremua autonomiaz gaindiko lurralde-eremuko BJD eta BAGetara mugatuta egon⁹³. Babestutako «Jatorri-deituratzat» eta «adierazpen geografikotzat» zer ulertu behar den zehazteko, Legearen 10. artikulua Europako araudira bidaltzen du. Araudi hori, gaur egun, azaroaren 21eko 115/2012 Erregelamenduan dago ezarrita, nekazaritzako produktuen eta elikagaien kalitate-araubideei buruzkoan. Erregelamenduaren 5. artikulua arabera, «jatorri-deitura» honako hau da: “Produktu bat identifikatzen duen izendapena: a) leku jakin bateko, eskualde bateko edo, salbuespen gisa, herrialde bateko jatorrizkoa dena; b) haren kalitatea edo ezaugarriak, funtsean edo eskusiboki, ingurune geografiko jakin bati dagokiona, hari atxikitako natura edo giza faktoreekin, eta c) ekoizpen-fase guztiak zehaztutako eremu geografikoan burutzen direnean”.

Ez dira hain zorrotzak «adierazpen geografikoaz» hitz egin ahal izateko betekizunak; izan ere, nahikoa da ekoizpen-faseetako bat –eta ez denak– zehaztutako eremu geografikoan burutzea; aldi berean, aipatutako gainerako betekizunak leundu egiten dira. Bi kasuetan, ordea, erregelamendua BJD edo BAG gisa erabil daitezkeen izenen ezaugarriez arduratzen da. Alde batetik, ezin dira halakotzat erregistratu “*termino generikoak*”, ez eta landare-barrietate baten edo animalia-arraza baten izenarekin gatazkan sartzen direnak ere, produktuaren benetako jatorriari dagokionez errakuntza eragiteko moduan. Bestalde, jatorri-deitura edo adierazpen geografiko gisa proposatutako izenak ezin izango dira erregistratu, marka baten ospea edo nabaritasuna eta marka hori erabili den denbora direla-eta, produktuaren benetako identitateari dagokionez kontsumitzailea nahasteko arriskua legokeenean –Erregelamenduaren 6. artikulua–.

⁹³ Bestela, eskumena, printzipioz, autonomia-erkidegoek dute –Konstituzio Auzitegiaren 112/1995 Epaia, uztailaren 6koa–.

6/2015 Legeak nekazaritzako edo elikagaigintzako edozein produkturi buruzko jatorri- deiturak eta adierazpen geografikoak babesten dituen arren, ezin da ukatu haren aplikazio-eremu nagusia ardoak eta gainerako edari espiritutsuak direla. Alde horretatik, aukera ematen du orain arte ardo bat BJD edo BAG bati⁹⁴ atxikita dagoela adierazi izan duten terminoak mantentzeko, nahiz eta haren eraentza juridikoa BJD eta BAG arauetara egokituz –Legearen 3.Xedapen Gehigarria–.

Jatorri-deitura eta adierazpen geografiko bakoitza administrazio-arau baten bidez onartu beharko da eta beren kudeaketa dagokion Kontseilu Arautzaileak egin ahal izango du, zeinek ere betekizunak behar bezala betetzen direla zainduko baitu -15. eta hurrengo artikulua-. Bere helburuak betetzeko –ordezkaritza, defentsa, bermea, merkatuaren ikerketa eta garapena, eta dagokion izendapenean edo adierazpenean babestutako produktuen sustapena– kudeaketa-organoak zenbait ahalmen ditu eta, horien artean, nabarmentzekoa da baldintza-agiria betetzen dela zaintzea⁹⁵; era berean, administrazio- eta jurisdikzio-organoen aurrean edozein erabilera salatu ahal izango du⁹⁶.

Nabaria da jatorri-deituretan mugatutako eremuko enpresarien interesak daudela, baina baita kontsumitzaileen interesak ere. Zentzu horretan, eskuratzen den produktuak baldintza jakin batzuk betetzen dituen berme inplizitua dakar. Horregatik, praktikan ez da erraza izaten mugatzea zer diren jatorri-deiturak eta zer berme-markak, zeinak –ezin da ahaztu- izendapen geografikoak ere izan baitaitezke. Berme-

⁹⁴ “Lurreko ardoa”, “Eskualde jakin batean ekoizitako kalitateko ardoak”, “Jatorri-deitura duten ardoak”, “Jatorri-deitura kalifikatua duten ardoak” –ohiko jatorri-deituraren berezko betekizunetz gain betekizun gehigarri batzuk eskatzen ditu- eta “Ordainketa-ardoa”.

⁹⁵ Baldintza agiriak, besteak beste, produktuaren eta ekoizpen-metodoaren deskribapena ezartzen ditu – 1151/2012 Erregelamenduaren 19.artikula–.

⁹⁶ *Vide* Legearen 16. artikulua.

markatzat hartzen da honako hau ziurtatzen duen zeinu edo baliabidea: “Aplikatzen zaizkien produktuek edo zerbitzuek betekizun komun bartzuk betetzen dituztela, bereziki, produktuaren kalitateari, osagaiei, jatorri geografikoari, baldintza teknikoei edo produktua egiteko edo zerbitzua emateko moduari dagokienez –MLaren 68. artikulua–. Hala ere, Marken Legeak, egoera hori konpondu nahian, ezartzen du berme-marka gisa erregistratu ahal izango direla merkataritzan produktuen edo zerbitzuen jatorri geografikoa adierazteko balio dezaketen zeinu edo oharrak. Hala eta guztiz ere, berme-markak emandako eskubidearen ondorioz, titularrak ezin izango dio hirugarren bati debekatu merkataritzan zeinu eta ohar horiek erabiltzea, betiere erabilera hori industria- edo merkataritzar- arloko jardunbide leialen arabera egiten bada –MLaren 62.3 eta 86. Artikuluak–. Bereziki, berme-marka horrek ezin izango dio aurka egin izendapen geografiko bat erabiltzeko baimena duen hirugarren bati –MLaren 62.3 artikulua, *in fine*-. 2001. urtea baino lehenagoko arauketak ez bezala, zeinak berariaz debekatzen baitzuen erregistro bikoitza –jatorri-deitura gisa eta berme-marka gisa–, Marken Legeak ez du alderdi horretan eragiten, eta soilik zehazten du jatorri geografiko bati buruzko berme-markak ezingo direla aurka ezarri izendapen geografikoen aurrean, betiere izendapen horiek Legean ezarritako betekizunak betetzen badituzte. 6/2015 Legearen 13.5 artikulua eta 1151/2012 Erregelamenduaren 14.1 artikulua eragotzi egiten dute marka gisa –edo merkaritza-izen edo arrazoi sozial gisa– erregistratzea Jatorri-Deitura edo Adierazpen Geografiko gisa babestutako izen bat errepikatzen, imitatzen edo ebasten duten zeinuak, baldin eta antzeko produktu edo produktu berberei aplikatzen bazaizkie, konparagarriak badira, osagaitzat har badaitezke edo haien ospez balia badaitezke”. Alderantziz, ezin izango da Jatorri-Deitura edo Adierazpen Geografiko baterako proposatutako izena erregistratu, baldin eta, aurreko marka baten izen ona eta ezarpena direla-eta, produktuaren benetako nortasunari buruz nahasteko arriskua badago –1151/2012 Erregelamendua-

ren 6.4 artikulua—. Dena den, ez da ezer esaten izendapenaren edo adierazpenaren titularra den taldeak, aldi berean, zeinua marka kolektibo edo berme- marka gisa erregistratzeko eska dezakeen ala ez. 6/2015 Legearen 13.7 artikuluaaren arabera, kontrako zentzuan interpretatuz, erantzun positiboa ezar daiteke, debekatu egiten baitie Jatorri-Deitura edo Adierazpen Geografiko bateko operadoreei “Jatorri- Deitura edo Adierazpen Geografiko horretako produktuetarako marken erabilera eskusiboa eskatzea”.

IV. ZEINU KIDEAK. INTERNETEKO DOMEINUAK

4.1 Kontzeptua eta motak

Interneteko domeinu-izenek web-orriak kokatuta dauden sarera konektatutako ordenagailuak alfa-zenbaki konbinazio baten bidez identifikatzeko funtzioa betetzen dute. Horregatik, erraz gogora daitekeen izen bat bilatu nahi izaten da, hasiera batean zenbaki-sekuentzia oso luzea dena ordeztuz, oso zaila baita buruz ikastea. Ikuspuntu horretatik, domeinu izenen funtzioa telefono zenbakiak betetzen dutenaren antzekoa izan liteke. Diferentzia da azken horiek ez dituela erabiltzaileak libreki aukeratzen eta domeinu-izenak bai. «*Domain Name System –DNS–*», beraz, sistema mnemotekniko bat izango litzateke, mundu osoan Internetera konektatutako ekipo informatiko bakoitzerako izen uniboko bat esleitzeko eta erabiltzeko aukera ematen duena.

Lehen mailako domeinu-izenak daude «*top level domains*», bai *generikoak*⁹⁷, bai *lurraldekoak* edo *herrialdekoak* «*country code*»⁹⁸. Beste alde

⁹⁷ Adibidez, AEBko erregistro edo esleipen erakundeetan [NSI; gaur egun, ICANN domeinu-izenen kudeaketaz arduratzen den erakundea da], eskatzen diren «.com», «.org», «.net», «.edu» adierazpen ezagunak.

⁹⁸ «.de», «.es», «.uk», etab. Hauek maila nazionalen eskuordetutako erakundeek kudeatzen dituzte – ES- NIC-. Espainiako kasuan, lehengo fase batean esleipen-lana CSICen

batetik, *bigarren mailako domeinu-izenak* daude –«secondary level domains»–; horrela ulertzen da «.com» edo «.es»-en aurreko guztia. Era berean, hirugarren mailako domeinu-izenak sortzeko aukera aurreikusten da, domeinuak edo bigarren mailako adierazleak sortuz, «.es» herrialde-kodearen estalduraren barruan –«com.es», «nom.es», «org.es», «gob.es» eta «edu.es»-Espainiari dagokion «.es» herrialde-kodearen peko Interneteko domeinu-izenen Plan Nazionalaren 8. artikulua –Maiatzaren 19ko ITC/1542/2005 Aginduaren bidez onartua izan dena⁹⁹.

4.2 Eraentza printzipioak

Domeinu izenek eta zeinu bereizgarriek funtzio desberdinak betetzen dituzten arren, ohikoak dira batzuen eta besteen arteko gatazkak. Izan ere, biak erregistroaren sisteman oinarritzen badira ere, leku ezberdinetan erregistratzen dira. Horrela, markak PMEBn inskribatzen dira, «.es» domeinuak, Red.es-en eta domeinu generikoak –«com» pekoak, adibidez- AEBn INTERNICen inskribatzen dira, NSI enpresaren bidez –gaur egun ICANN-. Gainera, domeinuen erregistroa –«com»-en kasuan, behintzat, ohikoena baitira- egiten da kontuan hartu, bereziki, erregistroa emateak kaltetu ditzakeen hirugarrenak daudela; hau da, mugarik gabeko edo askatasun absolutuaren printzipioan oinarrituta. Aitzitik, gutxienez «.es» domeinu peko eremuan, estatuan oso sistema murriztailea jarraitu da, neurri handi batean gatazkak prebenitzen edo saihesten dituena.

–Ikerketa Zientifikoen Kontseilu Gorena- esku egon zen, hain zuzen ere Red-IRISen. Ondoren, «.es» herrialde-kodearen pean domeinu-izenen esleipena Espainiako Teletelbistaren Sare Teknikoaren erakunde publikoari –RETEVISION- esleitu zitzaion. Gaur egun, Red.es enpresa-erakunde publikoa da domeinu-izenak «.es» domeinuaren pean esleitzeko agintaritzza –Informazio Gizartearen Zerbitzuei eta Merkataritza Elektronikoa buruzko uztailaren 11ko 34/2002 Legearen 6. Xedapen Gehigarria-.

⁹⁹ AGOSTINOY GUILAYN, Albert. *Régimen jurídico de los nombres de dominio. Estudio sobre sus principales aspectos técnicos y legales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

Hala eta guztiz ere, ITC/1542/2005 Aginduak, aurrekoak ez bezala, askatasun handiagoko sistema bat ezartzen saiatzen da, zenbait murrizketa ezabatuz.

Gainera, eta batez ere, domeinu-izenen inskripzioak, ageriko arrazoi teknikoengatik, zorrotz jarraitzen du «*First come, first served*» printzipioa, eta, beraz, domeinu-izen jakin bat inskribatzera datorren lehenengoari bakarrik emango zaio babes –ezinezkoa da bi domeinu-izen berdin egotea «*top level domain*» beraren pean, horrek domeinu-izeni buruz aldarrikatzen den mundu-bakartasunaren aurkako zuzentaraua erasotzea ekarriko lukeelako–. Honi dagokionez, berdin dio bi eskatzaile izatea eta beren etxebizitzak herrialde ezberdinetan edukitzea.

Aitzitik, marken esparruan, herrialde berean bi marka berdin egotea posiblea da –biak ere PMEBn erregistratuta–, baldin eta marka bakoitzak babesten dituen produktuak edo zerbitzuak desberdinak badira, eta, beraz, nahasketarik ez badago –“espezialitate printzipioa”–¹⁰⁰.

4.3 Gatazkak zeinu bereizgarriekin

Hainbat gatazka sor daitezke domeinu-izenen eta zeinu bereizgarrien artean –batez ere markak–. Horri dagokionez, zenbait kasu multzo adierazi ahal dira, horietako batzuk oso ezagunak¹⁰¹.

¹⁰⁰ Hala ere, kontuan hartu behar da marka nabariak eta entzutetsuek osatzen duten salbuespen garrantzitsua, eta, are gehiago, 2001eko Marka Legearen eta beronen aldaketa ezarri duen 23/2018 Errege Dekretu-Legearen arabera.

¹⁰¹ ARIAS POU, María. “Resolución de conflictos en materia de nombres de dominio”, en *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 76, Madrid, 2006, págs. 3-41. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, págs. 532-537. CARBAJO GASCÓN, Fernando. *Conflictos entre Signos Distintivos y Nombres de Dominio en Internet*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2002. PEINADO GRACIA, Juan Ignacio & MARTÍN SERRANO, Jesús María. “Luces y sombras del procedimiento administrativo de la OMPI en conflictos sobre la titularidad de nombres de dominio (GTLD)”, en *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 16, Madrid, 2001, págs. 3-50.

a) Alde batetik, *pirateria*, zentzu zabalean, —*hijacking*», «*domain name grabbing*», «*warehousing*»—, non oso ezagunak diren enpresen marka edo merkataritza izenekin bat datozen domeinu-izenen inskripzioa egiten baita, baina ez trafikoan helburu bereizgarriekin erabiltzeko asmoarekin, baizik eta titular “*naturalei*” erregistroa “*ixteko*” eta edukiz hutsik dagoen webgune bat aurkitzen duen helbide elektronikoa soil gisa erabiltzeko, legezko titularrari edo edozein interesduni eskaintzeko helburu soilarekin. Gaur egun, zaila da horrelako jardun espekulatibo batek aurrera egin ahal izatea. Denbora luzez, ez zen erraza jokabide horien aurka Marka Zuzenbidearen bidetik borrokatzea, hemen ez baita inolako egintza bereizgarriarik egiten, eta Marken Legeak ere ez zuen kasua jasotzen. Hain zuzen ere, jarduera horiek, bai penalki, bai konkurrentzia desleialeko egintza gisa —egintza, objektiboki, fede onaren aurkakotzat jotzen zelako: 4. artikulua—, borrokatu behar ziren; edota, bestela, eskubide-abusu edo fede oneko eskubideen jardutea erabili beharko zitekeen —Kode Zibileko 7. artikulua—¹⁰².

Hala ere, gaur egun, Marken Lege berria kontuan hartu behar da, Espainiako marka baten titularrari berariaz esleitzen baitio, besteak beste, marka gisa erregistratutako zeinua “sare telematikoetan [eta hori, zalan-tzarik gabe, besteren marka Interneteko orri eta atarietan erabiltzeari erreferentzia egiten ari zaio] eta domeinu-izen” gisa erabiltzea debekatzeko ahalmena —MLaren 34.3.f) artikulua.

Horrekin bat etorriz, ITC/1542/2005 Aginduak ezartzen du esleipen-agintaritzak “deuseztatu egingo dituela, aldez aurreko dagokion errekerimendu judizialaren arabera, domeinu-izenak [...], baldin eta izen

¹⁰² Nolanahi ere, Espainiako pirateria-kasuak nahiko urriak izan dira —AEBekin alderatuz gero, adibidez—, «.es» domeinutik kanpo baitzeuden. Izan ere, 2003ko martxoaren 18ko Aginduak, gaur egun indargabetuta dagoenak, nolabaiteko lotura eskatzen zuen eskatutako domeinu-izenaren eta eskatzailea titularra zen izen, marka edo izendapenaren baten artean. Horregatik, eman diren kasuek «.com» peko izen erregistratuei eragin diete.

horien eduki literalak jabetza industrialaren eskubidea urra badezake [...]” –«.es» herrialde-kodearen peko Interneteko domeinu- izenen Plan Nazionalaren 8. Artikulua–.

a) Beste kasu multzo bat *zeinuen –markak- eta domeinu-izen berdin-berdinen edo antzekoen arteko gatazken* ondorio izango litzateke, benetan erabili nahi direnean.

Lehenik eta behin, baliteke *subjektuek jarduera-sektore berean edo antzeko batean jardutea*. Aurreko taldearekiko aldea da hemen domeinu-izena bai inskribatu izan dela merkatuan jarduteko helburuarekin –zerbitzu propioak identifikatuz, baina hirugarren batenarekin nahasten den zeinu batekin–. Hipotesi honetako kasu bereizgarrienak besteren zeinu bereizgarri bat “*parasitaztea*” helburu dutenak dira. Espainiako zuzenbidean, horrelako kasuek eta antzeko beste batzuek ez dute arazo handirik sortu behar, MLaren 34.2 eta, bereziki, 34.3.f) artikuluen arabera, baldin eta zeinua “*jarduera- sektore berean edo antzekoan*” helburu bereizgarriekin erabiltzen bada Interneten, eta horrek nahaste-arriskua –akatsak eragin ditzake- sortu ahal badu; azken batean, KDLaren 6. –nahaste-egintzak– eta 4. artikuluez balia liteke.

Baina litekeena da, halaber, gatazka zeinu eta izen berdin-berdinen edo antzekoen artean gertatzea, baina *jarduera-sektore desberdinetan jarduten duten subjektuen aldetik*. Era berean, domeinu-izenaren lehen eskatzailea marka edo merkataritza izen berdinarekin –edo horien akronimo baten– titularra den kasuak bereizi beharko lirateke, eta, beraz, naturala edo normala da ikur hori domeinu gisa aukeratu izana. Egoera horietan, eta fede onez jokatu izan balu, marka berdinarekin, adibidez hirugarren titularrek ezin izango lukete domeinu-izena beretzat berreskuratu, beren marka-eskubidearen urratzea alegatuz; izan ere, «*First come, first served*» printzipioak lehentasuna ematen dio domeinu-izena eskatzen duen lehen subjektuari. Kasu honetan, MLaren 34.3.f) artikulua ere –zeinek

markaren titularrari hirugarren batek ikur hori domeinu-izen gisa erabiltzea debekatzeko eskubidea ematen baitio— ezin da erabili; izan ere, definizioz, zeinu bereko bi titular baitira. Salbuespena, marketako bat nabaria edo entzutetsua den kasuetan etzan liteke; izan ere, bi kasu horiek espezialitate-printzipioa hausteaz gain, ikur entzutetsuaren edo nabariaren titularrari zeinu berdinarean edo antzekoaren deuseztasuna eskatzeko aukera ematen diote¹⁰³.

Beste batzuetan, domeinu-izen berdina edo antzekoa eskatzen eta lortzen duenak —nahiz eta sektore desberdinak izan— ez du hori egiten eskatzailearen beraren zeinu pertsonal batean oinarrituta. Kasu horietan, beste behin ere, marka entzutetsuak parte izaten dira. Nabaria da “besteren ospearean ustiapen edo kalte desleiala” gertatzen dela, Konkurrentzia Desleial Legearen eta Marken Legearen 34.2.c) eta 34.3.f) artikuluen bidez esetsi daitekeena.

4.4 «.Es» domeinu izenak erregistratzeko arauak

«.es» kodea duen domeinu nazional baten erregistroa, gaur egun, Espainiari dagokion «.es» herrialde-kodearen peko Interneteko domeinu-izenen Plan Nazionala onartzen duen maiatzaren 19ko ITC/1542/2005 Agindua arautzen du. Oro har, domeinu-izenen eremuaren eta zeinu bereizgarrien eremuaren arteko konbergentzia nabarmena ikus daiteke, eta bi esferak hurbiltzeko legezko borondateaz hitz egin daiteke.

Gaur egun, «.es» domeinu-izenaren hautaketa nahiko liberalizatu da, aurreko Planaren —CTE/662/2003 Agindua— pean zegoen egoerarekin alderatuz gero. “Pertsona fisikoek edo juridikoek” eska dezakete, bai eta “nortasun juridikorik gabeko erakundeek ere, baldin eta España-rekin interesak edo loturak badituzte” —6. artikulua—. Muga nagusiak

¹⁰³ *Vide* MLaren 34.2. c) eta 52.1 artikulua.

aurretik esleitutako domeinu-izenak eskatzeko ezintasunari egiten dio erreferentzia –5. artikulua–. Hori alde batera utzita, ezin izango da esleitu Interneteko terminoen izen oro har ezagunik, nahasmena sortu ahal dezakeena; ezta erakunde ofizialei edo nazioarteko erakundeei buruzko izenik, ezta lurralde-administrazio publikoen izendapenarekin bat datozen toponimorik ere. Horretarako, esleipen-erakundeak zerrenda bana egingo du termino erreserbatu horietarako –7. artikulua–.

Debeku horietatik eta domeinu-izenak errespetatu beharko dituzten sintaxi-arau batzuetatik kanpo –*vide* 11. artikulua–, domeinu-izenak abizenez edo horien eta izen propioen konbinazio batez soilik osatuta daudenean, Aginduak domeinu-izenaren “onuradunarekin” harreman zuzena izatea eskatzen du –11.3 artikulua–.

Era berean, informazio-gizarteko zerbitzu-emaileek –izatez, sarearen bidez beren zerbitzuak eskaintzen dituzten edo aritzen diren edozein enpresa edo profesionalek– inskribatuta dauden Merkataritza Erregistroari jakinarazi behar diote “gutxienez, domeinu-izen bat edo Interneteko helbide bat, hala badagokio, Interneten identifikatzeko erabiliko dutena” –Uztailaren 11ko 34/2002 Legearen 9. artikulua eta Xedapen Iragankor Bakarra–.

Análisis de la sucesión por comisario. Perspectiva de la figura desde la aprobación de la ley 5/2015 de Derecho Civil vasco y aproximación a la práctica notarial*

AITOR VITORIA RECALDE

5º de RRII y Derecho en la Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 16/9/2019

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 3/11/2021

Resumen: El Derecho Civil del País Vasco, llamado así desde la aprobación de la Ley del Parlamento Vasco 5/2015, universaliza, para todos aquellos que ostenten la vecindad civil vasca, algunas de las figuras e instrumentos tradicionales del Derecho de Sucesiones propio de los Territorios Históricos Vascos, singularmente la sucesión por comisario. El caserío, como principal centro de la actividad económica de las familias vascas a lo largo de la historia, unido a la voluntad de preservarlo sin alteraciones tras el fallecimiento de su titular y a consecuencia de repartos de herencias, ha sido la principal influencia en la creación de los principios inspiradores de lo que hoy día conocemos como Derecho Civil Vasco y, muy especialmente, en figuras como la sucesión por comisario y en su utilización.

*Trabajo premiado en la IV Edición del “Premio Adrián Celaya para Jóvenes Juristas”, otorgado por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, en septiembre de 2019.

Pero, como es notorio, en la actualidad el caserío ya no es el principal motor de las economías domésticas vascas y, por tanto, el hecho de que el patrimonio familiar permanezca unido, incluso tras el fallecimiento de sus titulares, difícilmente puede identificarse como el objetivo prioritario de quien otorga su última voluntad y adopta la decisión de acogerse a esta figura, ¿qué es pues lo que lleva a tantos ciudadanos a utilizar instrumentos como la sucesión por comisario en sus disposiciones testamentarias?

Palabras clave: Fueros, Derecho propio, sucesión por comisario, principios inspiradores.

Komisario bidezko oinordetzaren azterketa. Figura horren ikuspegia, euskal zuzenbide zibilaren Legea 5/2015 onetsi zenetik eta notarioen jarduerarekiko hurbilketa

Laburpena: Euskal zuzenbide Zibilak, horrela deitua, Legea 5/2015 delakoa Legebiltzarrak onetsi ondoren, orokortzen ditu, euskal auzotasun zibila duten ororentzat, euskal herrialdeetan ohiko eta tradiziozkoak izan diren erakunde eta lanabes juridiko batzuk. Batez ere, komisario bidezko oinordetza. Baserria dago hor erdigunean, historian zehar euskal familien jarduera ekonomikoaren lehen zutabea. Horren eskualdaketa belaunaldietan zehar ere hortxe dago, baserriaren zatiketa baztertzeke asmoarekin batera, jarrauntsiak direla eta. Horra, bada euskal zuzenbide zibilarren oinarritzko printzipioen zeregina eta batik bat, komisario bidezko oinordetzarena eta horren erabilera. Egun, aldiz, baserria ez da lehen eragina euskal familien ekonomian eta ondarea baturik egotea, titularrak hil arren, ezin daiteke azken borondatearen helburu lehenetsi gisa hartu, komisario bidezko oinordetza erabili nahi duenarentzat. ¿zein da, beraz, herritar askoren asmoa erakunde hau erabiltzen dutenean testamentuko xedapenetan?

Gako-hitzak: Foruak, berezko zuzenbidea, komisario bidezko oinordetza, oinarritzko printzipioak.

Analysis of the power of appointment. Perspective of the institution since the passing of the Basque Civil Law Act 5/2015 and approach to the notary practice

Abstract: The Basque Civil Law, so called since the passing of the Basque Civil Law Act 5/2015, extends to all the people with Basque Civil Charter civil neighbourliness, some of the traditional institutions and instruments of the Succession Law in the Basque provinces, specifically, the power of appointment. The homestead, as the main core of the Basque families' economy along history, as well as the will to preserve it unaltered after the proprietor passes away, notwithstanding inheritance partition, has been the leading influence for the creation of the principles of what we know today as Basque Civil Law. And especially with the institution and the use of legal figure of the power of appointment. But it is notorious that nowadays the homestead is no longer the main motor of the domestic Basque economies, and therefore, the unity of the families' patrimony after its owner dies, can hardly be seen as the target in the testator's mind. So, which are the reasons that drive so many citizens to use instruments such as the power of appointment to rule their will?

Key words: Charter Laws, Regional Law, Power of Appointment, inspirational principles.

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO EN LAS LEYES DE 1992 Y 2015. III. EL DERECHO SUCESORIO EN EL DERECHO CIVIL VASCO: PRINCIPIOS INSPIRADORES. IV. LA SUCESIÓN POR COMISARIO. 1. Concepto. 2. Origen e historia de la figura. 3. Regulación actual (artículos 30-46 de la Ley 5/2015). 3.1. *Requisitos*. 3.2. *Efectos*. 3.3. *Extinción del poder sucesorio – Causas*. 4. Aproximación a la práctica notarial alrededor de la figura de la sucesión por comisario desde la aprobación de la Ley 5/2015. 4.1. *Introducción del método*. 4.2. *Lecciones aprendidas del estudio*. V. CONCLUSIONES. VI. LISTADO DE REFERENCIAS. 1. Legislación. 2. Jurisprudencia. 3. Bibliografía. VII. ANEXOS

LISTADO DE ABREVIATURAS

AVD:	Academia Vasca de Derecho
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CAPV:	Comunidad Autónoma del País Vasco
CAV:	Comunidad Autónoma Vasca
CC:	Código Civil
CCAA:	Comunidades Autónomas
CE:	Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424
DCFN:	Derecho Civil Foral de Navarra
DCG:	Derecho Civil Gallego
DCV:	Derecho Civil Vasco
DSV:	Derecho Sucesorio Vasco
EA:	Estatuto de Autonomía
FA:	Fuero de Ayala
LDCPV:	Ley 5/2015, de 25 de Junio, del Parlamento Vasco, de Derecho Civil Vasco
LDCFPV:	Ley 3/1992, de 1 de Junio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco
MSPH:	Miembro Superviviente de la Pareja de Hecho
TC:	Tribunal Constitucional
TH:	Territorio Histórico
TTHH:	Territorios Históricos

I. INTRODUCCIÓN

La sucesión por comisario es una figura que aparece contemplada de forma escrita en el Derecho foral Vizcaíno desde el Fuero Nuevo y es parte del Derecho Consuetudinario del Territorio Foral desde tiempos inmemoriales. Es sin duda uno de instrumentos jurídicos más particulares del Derecho propio de la CAPV, llamado Derecho Civil de País Vasco desde la aprobación de la Ley del Parlamento Vasco 5/2015.

El estudio de figuras como la de la sucesión por comisario, en el ámbito del Derecho propio de los TTHH, es algo que, tanto por su singularidad como por su extendido uso, me despierta un gran interés y es por ello que lo he elegido como objeto del Trabajo de Fin de Grado de Derecho. En particular, me ha parecido útil realizar un análisis acerca de cómo estos instrumentos, ancestrales en su génesis, han permanecido hasta hoy vigentes en nuestros textos normativos y continúan siendo utilizados como forma de organización de la sucesión mortis causa.

La continuidad en el tiempo de figuras como la de la sucesión por comisario en el derecho sucesorio de la Bizkaia foral y su extensión a las otras dos provincias vascas, va de forma inexorable unida a una actualización y modernización no solo de la figura en sí, sino del uso que se hace de la misma. Por ello, dentro del estudio, he considerado también importante realizar una breve aproximación de corte sociológico a la materia, a fin de comprobar cuáles son los motivos que llevan a aquellos ciudadanos que utilizan esta figura en su sucesión a elegirla como forma para testar u ordenar su sucesión.

Esta breve aproximación sociológica, con la humildad que corresponde a un trabajo del alcance y naturaleza del presente, es además difícil de realizar con el limitado número de referencias doctrinales que encontramos en este sentido. Como consecuencia, he optado por un método que ha consistido en realizar un formulario (ANEXO 1) que, tras ser remitido y res-

pondido por más de veinte Notarios y Abogados de las tres provincias que forman la CAPV, fuera capaz de responder a preguntas no sólo relacionadas con el uso social de la figura, sino también con la práctica notarial que se lleva a cabo alrededor de la misma desde la aprobación de la Ley 5/2015.

En cuanto a la estructura del presente trabajo, he de señalar que los tres principales apartados, con sus sub-apartados, pretenden responder a los elementos estructurales del objetivo del trabajo: definir qué es la figura de la sucesión por comisario, y comprender cuáles son los motivos que conducen a los que eligen esta figura como fórmula para su sucesión a utilizarla.

En primer lugar, explicaré las principales compilaciones del derecho vasco, ya que estos textos legislativos, en especial la Ley 5/2015, son los que han terminado por universalizar la figura de la sucesión por comisario a todos aquellos que ostenten la vecindad civil vasca. En segundo lugar, realizaré una aproximación a los principios que han inspirado la creación de las principales figuras del Derecho sucesorio vasco para poder introducir de esta manera la sucesión por comisario y la razón de su creación, y más adelante, comparar los principios que inspiraron la creación de la figura con el uso que se le da hoy en día. Por último, el apartado más extenso e importante del trabajo, realiza, además de una aproximación a la figura sujeto de estudio analizando su concepto y su regulación actual, la consideración de la práctica notarial relativa a la sucesión por comisario.

Este estudio de la práctica notarial que se ha llevado a cabo desde el año 2015 alrededor de esta figura me ha facilitado alcanzar unas conclusiones relativas al diferente uso que se hace de la misma teniendo en cuenta cada provincia del País Vasco, tanto en cuanto a la cantidad de testamentos con poder testatorio que se firman en las notarías que se han consultado, como a las motivaciones que llevan a los que utilizan esta figura a elegirla como forma para su sucesión.

II. LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO EN LAS LEYES DE 1992 Y 2015

Deberíamos remontarnos muchos siglos atrás para poder hablar de las primeras compilaciones realizadas en torno al Derecho propio de las tres provincias que hoy día forman la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante, CAPV). Teniendo en cuenta que el presente trabajo no trata de abordar las diferentes fases de la codificación de lo que hoy día conocemos Derecho Civil Vasco (en adelante, DCV), el análisis de este apartado se centrará en realizar una aproximación a las dos últimas compilaciones del DCV (denominado como Derecho Foral Vasco hasta la Ley de 2015), ya que la razón de ser de este apartado no es otra que la de introducir el contexto jurídico al que pertenece una de las figuras más significativas y particulares de este Derecho y sobre la que trata el presente trabajo, la sucesión por comisario.

Estas dos compilaciones a las que vamos a hacer referencia en este apartado del trabajo son las que realizan la Ley 3/1992, de 1 de Junio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco (en adelante, Ley 3/1992 o LDCFPV) y la Ley 5/2015, de 25 de Junio, del Parlamento Vasco, de Derecho Civil Vasco (en adelante, Ley 5/2015 o LDCPV). Las compilaciones fueron realizadas en el marco de la competencia que la propia Constitución Española (en adelante, CE) otorga a favor de aquellas Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) o Territorios que tengan Derechos forales o especiales (art. 149.1.8¹), que es asumida a su vez por la CAV en el artículo 10.5 de su Estatuto de Autonomía² (LO 3/1979).

¹ “España. Constitución Española”. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de Diciembre de 1978, n° 311, pp. 29313-29424.

² “España. Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del País Vasco”. *Boletín Oficial del Estado*, 22 de diciembre 1979, n° 306, pp. 29357-29363.

La extensión de la competencia otorgada por la CE en el artículo antes citado, ha sido tal y como establece la profesora SEISDEDOS MUIÑO causa de controversia desde que se aprobare la Carta Magna en 1978³. Controversias que han sido resueltas por diferentes sentencias del Tribunal Constitucional⁴ (en adelante, TC) en las que el TC se postula en favor de la doctrina que defiende la tesis intermedia relativa a la competencia que otorga el artículo 149.1. 8º de la CE a determinadas CCAA. De acuerdo con esta tesis, tal y como establece el autor BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, “la CE permite la conservación, modificación y desarrollo de esos Derechos Civiles, es decir, su actualización por las respectivas CCAA. Actualización consiste en desarrollar no cuando se trata de cambio, si bien, cabe desarrollar las Compilaciones a instituciones conexas o colindantes con las actualmente reguladas”⁵. Esta interpretación amplia realizada por el Tribunal Constitucional ha permitido el desarrollo de las leyes en cuestión y da pie a la ordenación de aspectos original o anteriormente no regulados, a condición de que tengan relación con figuras ya existentes.

Volviendo a la primera de las compilaciones, la Exposición de Motivos de la Ley 3/1992 –compilación que sustituye a la realizada el 30 de junio de 1959– establece que esa ley es el resultado de un trabajo realizado para modernizar las tradicionales figuras y formas del Derecho propio vasco

³ SEISDEDOS MUIÑO, Ana. “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre los Derechos Forales”. En *Derecho Civil Foral Vasco*. Ed. Número 1. Bilbao: Gobierno Vasco, 1995, pp. 27-54.

⁴ STC 88/1993, de 13 de marzo, ponente Rodríguez Bereijo; *BOE* 15 de Abril de 1993. STC 156/1993, de 6 de mayo, ponente Luis López Guerra; *BOE* 28 de Mayo de 1993. STC 31/2010, de 28 de junio, ponente Guillermo Jiménez Sánchez; *BOE* 16 de julio de 2010.

⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos Civiles, forales o especiales, allí donde existan”. En *Derecho privado y Constitución*. Ed. Número 1, 1993, pp. 15-82.

ya que tal y como dispone la propia Ley “la declinación del régimen foral impidió que nuestro ordenamiento civil evolucionase al compás de los grandes avances de la técnica jurídica en los siglos XIX y XX y, por ello, los evidentes valores intrínsecos del Derecho Foral aparecen todavía bajo el ropaje de formulaciones arcaicas que es indispensable actualizar”⁶. Ésta fue, en palabras del quien fuera presidente de la Academia Vasca de Derecho CELAYA IBARRA, una Ley impulsada por la Diputación de Bizkaia, y el hecho de que el texto legal que se aprobó en 1992 excluyera la costumbre guipuzcoana hace que el proyecto que finalmente se convertiría en ley fuera “casi exclusivamente vizcaíno y es posible que nos alejara del deseado Derecho Civil Vasco”⁷.

Esta ley fue modificada con la Ley 3/1999, de 26 de Noviembre, de modificación de la Ley de Derecho Civil del País Vasco, que supuso la plasmación escrita del Derecho consuetudinario que regía hasta entonces en Gipuzkoa. Gran importancia tuvo para esta plasmación escrita el trabajo de investigación realizado por el profesor Álvaro Navajas Laporte y la publicación de su tesis doctoral *La ordenación consuetudinaria del caseño en Guipúzcoa*⁸. En relación a este Derecho consuetudinario, cabe resaltar que el hecho de que el Estatuto de Autonomía del País Vasco en su artículo 10.5 haga referencia no solo al derecho escrito, sino que al consuetudinario es como dice la profesora ASÚA GONZÁLEZ esencial para que éste haya podido ser incluido en las compilaciones de las que trata

⁶ “Exposición de Motivos de la Ley 3/1992, de 1 de Junio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco”. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de Febrero de 2012, n° 39, p. 13496.

⁷ CELAYA IBARRA, Adrián. “Objetivos de una Ley Civil Vasca”. En: Jornada. *Hacia la primera Ley Civil Vasca*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, 2007, pp. 13-32.

⁸ NAVAJAS LAPORTE, Álvaro. *La ordenación consuetudinaria del caseño en Guipúzcoa*. Clásicos del Derecho Civil Vasco, n° 9. Bilbao: Academia Vasca del Derecho, 2009.

este apartado⁹. La inclusión del Derecho consuetudinario en el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía es posible gracias a la línea interpretativa adquirida por el TC, ya que la CE en su Artículo 149.1 8º no hace referencia al Derecho consuetudinario, pudiendo interpretarse este precepto de tal forma que no incluyera el Derecho consuetudinario al atribuir la competencia a las CCAA sobre su Derecho Civil Foral. Esta interpretación restrictiva no es la línea seguida por el TC, que admite el Derecho consuetudinario como elemento del Derecho Civil Foral de una determinada CCAA.

Debe subrayarse aquí que la compilación realizada en las leyes de 1992 y 1999 mantenía el ámbito de aplicación espacial de los regímenes particulares de los territorios históricos, y, en consecuencia, un gran porcentaje de la población vasca se regía por el Derecho Común. En el caso de Bizkaia y de Araba, la aplicación del Derecho propio se limitaba a la denominada como “Tierra Llana” en el caso de Bizkaia, mientras que en el de Araba se limitaba a lo conocido como “Tierra de Ayala”; más limitado era en el caso de Gipuzkoa, ya que las normas consuetudinarias que habían sido codificadas en 1999 solo eran de aplicación para aquellos que hubieran adquirido la vecindad civil guipuzcoana y que fueran propietarios de un caserío. El porcentaje de población vasca que se regía por el Derecho propio de cada TH era reducido tras la aprobación de las Leyes de 1992 y 1999. En este sentido, el profesor GALICIA AIZPURUA hace una aproximación en la que afirma que en el caso de Bizkaia, el 55% de la población se regía por el Derecho propio vizcaíno, ya que formaban parte del censo de las anteiglesias que formaban lo conocido como la “Tierra Llana”; en el caso de Araba, solo un 6,5% por un lado, por ser habitantes de Llodio y Aramaio se regían por el derecho vizcaíno, y otro 5% por ser habitantes del territorio que abarca el Fuero de Ayala; por último, en el

⁹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. “Perspectiva Actual de Derecho Civil Vasco”. En *Derecho Civil Foral Vasco*. Ed. Número 1. Bilbao: Gobierno Vasco, 1995, pp. 9-26.

caso de Gipuzkoa, al reducirse solo a aquellos que fueran propietarios de un caserío, la Ley 3/1999, solo afectaba a 1,5% del censo guipuzcoano¹⁰.

Cabe destacar que, aunque la aplicación espacial de la Ley 3/1992 si se limitaba a la zona aforada de Bizkaia en su mayoría, el artículo 13 de la Ley, permitía a los vizcaínos no aforados, es decir, aquellos que se regían por el Derecho Común, testar mancomunadamente o por comisario, por lo que, en el caso de Bizkaia, la sucesión por comisario se extendió a toda la población censada en Bizkaia.

A este respecto, aquellos con vecindad civil vizcaína no aforada, es decir, a los que repercute el artículo 13 de la Ley 3/1992 ya mencionado, se regían por el Código Civil, y es la reforma del artículo 831 del Código Civil sobre fiducia sucesoria la que supone según MANZANO MALAXAECHEVARRÍA y URRUTIA BADIOLA “un acercamiento del Código Civil a los derechos forales y (...) la ampliación para los vizcaínos no aforados de las facultades susceptibles de delegación en el fiduciario con arreglo al artículo 831, en especial la posibilidad de encomendarle la adjudicación de bienes concretos de una sociedad conyugal sin liquidar. Y que esa novedad (...) puede tener la importante consecuencia práctica de permitir que sea posible prorrogar y ampliar las facultades de administración del consorte viudo”¹¹. Por lo que, aunque ya la Ley 3/1992 reconocía a los vizcaínos no aforados la posibilidad de realizar un poder testatorio, el instrumento facilitado por el artículo 831 del Código Civil fue la que definitivamente permitió que en muchas notarías sustituyendo el poder testatorio, se pudiera testar en un sentido parecido.

¹⁰ GALICIA AIZPURUA, Gorka. “Notas a la Ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho Civil Vasco”. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Febrero de 2016, n° 4, pp. 303-320.

¹¹ MANZANO MALAXAECHEVARRÍA, Juan Ramón y URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “El nuevo artículo 831 del Código Civil y su repercusión en Bizkaia”. En *Derecho Sucesorio: el poder testatorio y la nueva regulación del artículo 831 del Código Civil*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, 2004, p. 58.

Tras la aprobación y entrada en vigor de esta primera compilación del Derecho propio de las provincias vascas, nace la inquietud y la idea de hacer del derecho vasco algo aplicable a todo el País Vasco, es decir, de crear una vecindad civil vasca. El hecho de que un texto legislativo reconociera la existencia de una vecindad civil vasca fue en lo que principalmente se centraron las propuestas de leyes para definitivamente crear el Derecho Civil Vasco. El propio Parlamento Vasco, en su Resolución del Pleno del 28 de noviembre de 2013 declaró la necesidad de elaborar y aprobar “una nueva ley de carácter general (...) basado en la vecindad civil como elemento fundamental. Mediante el compromiso abierto de abarcar los diferentes ámbitos actualmente regulados (...) incluyendo su posible extensión a las nuevas realidades sociales y superando la diseminación regulatoria mediante su inclusión en un texto legislativo comprensivo de sus instituciones actualizadas”¹².

La Ley 5/2015, que entró en vigor el 3 de Octubre del año de su aprobación, supuso, además de la derogación de las dos leyes que formaban la compilación anterior, la denominación oficial del Derecho propio de los TTHH como Derecho Civil Vasco y la creación de una vecindad civil vasca. Tal y como establece el profesor ÁLVAREZ RUBIO, la creación de la vecindad civil común era esencial para poder resolver los posibles conflictos de leyes entre los diferentes TTHH y para establecer la sujeción de todos los vascos a un mismo derecho, el Derecho Civil Vasco¹³.

¹² OSÉS ABANDO, Josu. “Exposición de motivos y trámites legislativos”. En *La Ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. (URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. Director/Coordinador). Bilbao: Academia Vasca de Derecho/Dykinson, S.L., 2016, pp. 19-22.

¹³ ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. “El futuro del derecho Foral Vasco: la necesaria modernización de nuestro ordenamiento privado”. En *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País*. Donostia-San Sebastián, 2010, núm. LXVI-2, pp. 775-795.

El texto legal que conforma la segunda compilación a tratar en este apartado, es una Ley que “nace con la voluntad de armonizar el ordenamiento civil vasco hasta ahora fragmentado por Territorios Históricos, conservando algunas normas locales, y de actualizarlo a la realidad de la sociedad vasca de gran actividad comercial e industrial” y cuyo “contenido central afecta principalmente a las sucesiones y al régimen económico matrimonial”¹⁴. Este nuevo texto legal termina en cierta forma y hasta cierto punto con la división normativa existente en la CAV hasta el momento. La propia ley lo establece en su artículo 8, en el que declara que “la presente ley se aplicará en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, salvo aquellos preceptos que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto”¹⁵.

En conclusión, el principal aspecto o característica a destacar de esta última compilación de Derecho propio de los TTHH que forman la CAV es que es un texto que instaure un ordenamiento civil común a todos los que ostentan la vecindad civil vasca. En este sentido, cabe resaltar la aprobación de este texto normativo como punto de partida para el examen de la práctica notarial de la sucesión por comisario, ya que fue la creación de la vecindad civil vasca la que permitió la extensión de esta figura a los tres TTHH, pudiendo utilizarla, como ya se ha mencionado, en su sucesión todo aquel que ostentara la vecindad civil vasca ya que estas personas quedan sujetas al Derecho vasco y no al régimen del CC.

¹⁴ CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA. *Nuevo Derecho Civil Vasco: Novedades en la Transmisión del Patrimonio Familiar*. Ed. Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, 2015, p. 2.

¹⁵ “Artículo 8 de la Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de julio de 2015, n° 176, pp. 62312-62346.

III. EL DERECHO SUCESORIO EN EL DERECHO CIVIL VASCO: PRINCIPIOS INSPIRADORES

El Derecho Sucesorio es una de las piedras angulares del Derecho Civil Vasco tal y como lo concebimos ahora y como se ha venido estudiando a lo largo de la historia. Un claro reflejo de ello es que ciento siete de los ciento cuarenta y seis artículos de la última compilación de Derecho Civil Vasco, la Ley 5/2015, regulan las sucesiones, las instituciones propias del Derecho Vasco, las limitaciones para testar, etc. (el Título II de la Ley).

Dentro de la importancia de las sucesiones en el Derecho Civil Vasco, parece oportuno identificar los principios inspiradores del mismo.

En este sentido, cabe comenzar con las palabras del profesor CELAYA IBARRA, de las que se extrae su consideración de determinadas figuras e instituciones del Derecho Sucesorio Vasco (en adelante, DSV) como reflejo de la defensa de la libertad civil, “es importante señalar que el DCV se distingue también, por su gran apego a la libertad civil, y mantuvo en todo su ámbito instituciones como la libertad de testar, los testamentos por comisario y en forma mancomunada o los pactos sucesorios que el Código Civil prohibió terminantemente”¹⁶. Afirmar el apego a la libertad civil puede resultar para algunos algo exagerado, pero lo que es una realidad, es que las instituciones propias del Derecho Sucesorio Vasco se han caracterizado y lo hacen actualmente por no limitar en exceso la libre disposición del causante.

Antes de entrar en el análisis concreto de los principios inspiradores del Derecho Sucesorio Vasco, cabe hacer mención a uno de los principales principios inspiradores del Derecho Civil Vasco en su conjunto, que es reconocido por la Ley 5/2015 en su artículo 5 y se denomina el

¹⁶ CELAYA IBARRA, Adrián. “Objetivos de una Ley Civil Vasca”. En: Jornada. *Hacia la primera Ley Civil Vasca*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, 2007, pp. 13-32.

principio de solidaridad y función social de la propiedad. Este principio rector del DCV se refleja según el abogado AIZPURUA ONDARO “en el compromiso de valorar y defender formas diferentes a la propiedad privada, y de hacer prevalecer los intereses colectivos, sociales y familiares sobre su concepción individualista”¹⁷.

Este principio se ve reflejado especialmente en las instituciones de Derecho de Sucesión que los Derechos propios de los diferentes TTHH vascos han desarrollado a lo largo de la historia y que la Ley 5/2015 ha venido en compilar y extender su aplicación a toda la CAPV. La función social de la propiedad se observa en la protección que se desprende sobre el patrimonio familiar, proteccionismo que es consecuencia de la forma en la que se ha concebido históricamente en las tres provincias vascas, sobre todo en las zonas rurales, la institución básica en una sociedad, la familia.

A partir de este principio general que se aplica a todo el DCV, procede destacar ahora los principios particulares del Derecho de Sucesiones Vasco. Basando el análisis en la enumeración de principios que realiza el profesor URRUTIA BADIOLA, cabe distinguir los principios sucesorios en general y los principios sucesorios del DCV en particular¹⁸.

En primer lugar, cabe hacer una breve mención a los principios sucesorios en general, que se ven reflejados en diferentes artículos de la LDSPV. Estos principios son según el profesor URRUTIA BADIOLA, ha-

¹⁷ AIZPURUA ONDARO, Gontzal. “Título Preliminar. Capítulo II. De los principios inspiradores de la Ley Civil Vasca”. En *La Ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. (URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. Director/Coordinador). Bilbao: Academia Vasca de Derecho/Dykinson, S.L., 2016, p. 29.

¹⁸ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “La sucesión *mortis causa* en el Derecho Civil Vasco: una visión global”. En *El Derecho Civil Vasco del S. XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Bilbao: Parlamento Vasco/Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, 2015, p. 310-341.

ciendo él referencia a autores como VALLET DE GOYTISOLO¹⁹ o MARTÍ I MIRALLES²⁰, “a) la voluntad del causante es la ley de la sucesión, b) la necesidad de existencia de un heredero o liquidador en toda sucesión, c) la universalidad del heredero, o de los herederos concurrentes y por último, d) la perpetuidad del heredero”.

En segundo lugar, el DSV se ha basado o ha sido caracterizado por mostrar una mayor libertad de testar, esta libertad de testar se refleja en las características o principios específicos del Derecho de Sucesiones Vasco, unos principios que inspiraron su surgimiento y han sido de acuerdo a diferentes autores como URRUTIA BADIOLA²¹ o AIZPURUA ONDARO²², actualizados y traídos a las necesidades que demanda hoy la sociedad. Estos principios son a su vez los que inspiran el surgimiento del instrumento en cuestión, la sucesión por comisario. En este sentido, URRUTIA BADIOLA²³, realiza un listado de las principales características o principios del DSV, listado en la que se basa la enumeración que se realiza a continuación.

Todos estos principios persiguen el claro objetivo de mantener “la unidad del patrimonio o explotación familiar o profesional”²⁴ y para ello

¹⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Panorama del Derecho de Sucesiones. I Fundamentos*. Madrid: Civitas, 1982.

²⁰ MARTÍ I MIRALLES, Joan. *Principis del dret successori aplicats a fórmules d'usdefruit vidual u d'herència vitalícia*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1985.

²¹ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “La sucesión *mortis causa* en el Derecho Civil Vasco...”. *Op. Cit.*, p. 312.

²² AIZPURUA ONDARO, Gontzal. “Título I. Los principios de Derecho Patrimonial”. En *La Ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. (URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. Director/Coordinador). Bilbao: Academia Vasca de Derecho/Dykinson, S.L., 2016, pp. 41-44.

²³ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “La sucesión *mortis causa* en...”. *Op. Cit.*, pp. 312-316.

²⁴ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “La sucesión *mortis causa* en...”. *Op. Cit.*, p. 316.

muestran una flexibilidad que los diferencia del Derecho Civil Común. De los principios que enumera URRUTIA BADIOLA y basados en la explicación que el profesor realiza de los mismos, para justificar la afirmación de que el objetivo final del DSV es el que se acaba de citar, los principios más relevantes son:

1. Principio de *libertad civil*, principio que se basa en el derecho del individuo en hacer aquello que no está prohibido por la ley comprendido en el Derecho Sucesorio vasco mediante el reconocimiento amplio de la autonomía privada. Su representación más clara es mediante el principio o característica del DCV de *libre disposición por parte del causante*, principio por el cual se reduce a un tercio la legítima y se calcula por su valor económico.
2. Principio de *mancomunidad y de la delegabilidad*, ambos principios quedan reflejados en figuras jurídicas históricas y recogidas en la Ley 5/2015, instrumentos como el testamento mancomunado y la sucesión por comisario.
3. Principio de *responsabilidad limitada del heredero*, principio por el cual, un heredero sólo responde o es responsable hasta el valor de los bienes que le correspondan por herencia y teniendo en cuenta el valor de dichos bienes en el momento en el que se le llama a heredar.
4. Principio de *legítima colectiva y elección de heredero*, principio que se refleja en la posibilidad de apartamiento de los legitimarios que no sean llamados a heredar.

Como se viene repitiendo a lo largo del texto, el caserío ha sido históricamente el principal motor de la economía de las familias vascas. Tal

y como establece AIZPURUA ONDARO²⁵, los primeros se constituyeron allá por el s. XII, tomando la importancia económica en la sociedad vasca en el s. XVI. La forma de mantener el prestigio y capacidad económica de las familias era procurar la indivisión del que era su principal modo de vida, el caserío. La partición de la herencia era uno de los principales peligros para la indivisión de la propiedad y esta necesidad de la sociedad vasca de la época de que las herencias no pusieran en peligro la economía familiar es la que generó instrumentos como la sucesión por comisario y otras figuras que recogen las disposiciones de los textos legales que vizcaínos y alaveses constataron de forma oficial escrita y usos y costumbres que se crearon en aquellas zonas en las que no existía un Derecho escrito, como Gipuzkoa (p. ej. usos consistentes en la utilización de documentos notariales para la protección del caserío)²⁶.

Tras aclarar en este apartado los derechos inspiradores de las principales figuras del Derecho Sucesorio Vasco, se puede ahora realizar en el siguiente apartado una aproximación del uso que se le da hoy en día a una de las principales figuras del DSV, como es la sucesión por comisario.

IV. LA SUCESIÓN POR COMISARIO

1 Concepto

La sucesión por comisario, es la forma o el vehículo para que el causante realice mediante testamento abierto una delegación para testar, bien a su cónyuge o a un tercero. Esta figura tal y como establece el profesor GOROSTIZA VICENTE, “permite al testador aplazar sus decisiones referidas

²⁵ AIZPURUA ONDARO, Gontzal. “Título I. Los principios de Derecho...”. *Op. Cit.* pp. 41-44.

²⁶ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana. *La regulación sucesoria de la propiedad del caserío en el Territorio Histórico de Guipúzcoa*. Universidad del País Vasco, 2009.

a la elección de heredero, nombrando un comisario que por norma general es el cónyuge, para que después de su muerte adopte las decisiones más adecuadas, eligiendo al mejor sucesor”²⁷. Por tanto, la figura de la sucesión por comisario es según FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ aquella sucesión “ordenada por una persona en nombre de otra ya fallecida en virtud del poder que esta le confirió”²⁸.

La fórmula para denominar a este tipo de sucesión que refuerza el poder sucesorio en el DSV, al contrario del CC que se basa en el carácter personalísimo e indelegable de la sucesión testamentaria, es la sucesión por comisario. Una denominación que es en palabras de FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ la “correcta” en sustitución a las denominaciones que se le han venido dando a lo largo de la historia, es decir, poder testatorio o testamento por comisario. Esto se debe a que este tipo de sucesión, está integrada por el poder sucesorio que confiere el causante y los diferentes actos de atribución sucesoria; a su vez, en la actuación del comisario se realiza una distinción entre la “investidura y ejercicio del poder”²⁹, siendo posible realizar esos actos de ejercicio del poder por títulos diferentes al testamento (donaciones...), por lo que la denominación de testamento por comisario no abarcaría todos los actos que en esta sucesión se pueden realizar. La denominación tradicional de testamento por comisario sería insuficiente de acuerdo también a las palabras de GIL RODRÍGUEZ, en las que establece que “el comisario no testa por el causante (simple-

²⁷ GOROSTIZA VICENTE, José Miguel. “El Poder Testatorio: un instrumento eficaz para la ordenación del patrimonio”. En *Derecho Sucesorio: el poder testatorio y la nueva regulación del artículo 831 del Código Civil*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, 2004, p. 168.

²⁸ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús. “De la sucesión por comisario”. En *La Ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. (URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. Director/Coordinador). Bilbao: Academia Vasca de Derecho/Dykinson, S.L., 2016, p. 70.

²⁹ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús. “De la sucesión por comisario...”. *Op. Cit.*, p. 70.

mente, culmina y especifica el proceso de ordenación comenzado por el fiduciante) y sobrepasa dicha incrustación sistemática, porque es posible que se culmine la ordenación sucesoria sin que en absoluto intervenga el fenómeno testamentario”³⁰. Es por ello que a lo largo del trabajo se ha tratado a la figura como la sucesión por comisario.

Resulta difícil encontrar pronunciamientos por parte de los Tribunales –Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco– sobre el concepto y naturaleza de la sucesión por comisario. Los tribunales han centrado numerosas sentencias³¹ en uno de los conflictos que más relevancia han tenido alrededor de esta figura, pero sobre la que no se entrará en discusión, la duración del poder testatorio y la posibilidad de prórroga del mismo.

Una de las pocas sentencias que otorga una definición por parte de un Tribunal de la sucesión por comisario, más específicamente sobre el poder testatorio, es la STSJPV de 30 de diciembre de 1991, en la que establecía que “el poder testatorio es un instrumento por el que una persona confiere a otra la facultad de disponer de sus bienes, una vez que el comitente haya fallecido”³². La primera sentencia del Alto Tribunal que se pronuncia sobre la sucesión por comisario es la del 19 de septiembre

³⁰ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Instituciones y modelos en el Derecho civil vasco: cauces (comunes) y condicionantes familiares (específicos) en el Derecho sucesorio vasco”. En *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa. Quinta sección: Derecho de sucesiones*. (HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar. Coordinadora; PEÑERA VICENTE, Montserrat. Directora) Bilbao: UPV/EHU, 2015, p. 908.

³¹ STS de 8 de octubre de 1962, Ponente D. Tomás Ogávar y Ayllón.

STS de 15 de octubre de 1990, Ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STSJPV de 23 de enero de 2001, Ponente D. José María Satrústegui Martínez.

STSJPV de 3 de mayo de 2004, Ponente D. Fernando Ruiz Piñeiro.

³² STSJPV de 30 de diciembre de 1991, Ponente José María Satrústegui Martínez.

de 1863³³, una sentencia en la que expresa “no haber lugar a Recurso de Casación considerando válido el testamento otorgado por el comisario haciendo uso del poder testatorio en el plazo legalmente prorrogado”³⁴.

La protección del patrimonio familiar ha sido históricamente, como se viene mencionando a lo largo del trabajo, la razón de existencia no solo de este instrumento sucesorio, sino que del DSV en general. Una protección conferida mediante esta figura, por el hecho de poder retrasar en el tiempo la elección de herederos y la partición de los bienes y poder así conocer mejor a los posibles herederos otorgar al cónyuge viudo un poder sobre el patrimonio y una transmisión del caserío en su integridad. Siendo la protección del patrimonio familiar un principio histórico que ha sido reconocido por los tribunales en diversas sentencias, cabe destacar la STSJPV, de 23 de enero de 2001, en la que se establece que:

“En los poderes testatorios ínter cónyuges la prórroga ha sido mayoritariamente utilizada, entre otras razones porque así se profundizaba en lo que había sido el motivo fundamental de la institución, cual era el de conocer la personalidad de los diferentes herederos y poder elegir al que tuviera mayor capacidad para dirigir los destinos del caserío o de los bienes que constituyen el patrimonio familiar y, qué duda cabe que, con la mencionada prórroga, los susodichos herederos, con el transcurso del tiempo mostraban más claramente sus características, su forma de actuar en relación con aquellos bienes y en definitiva, sus inclinaciones al respecto”³⁵.

³³ STS de 19 de septiembre de 1863, Ponente Gabriel Ceruelo de Velasco.

³⁴ GOROSTIZA VICENTE, José Miguel. “El Poder Testatorio...”. *Op. Cit.*, p. 179.

³⁵ Fundamento de Derecho 2º, STSJPV, de 23 de enero de 2001, Ponente, José María Satrústegui Martínez.

2 Origen e historia de la figura

Esta figura tiene su origen en el principio de libertad civil, principio inspirador del DSV tal y como se indica en el apartado dedicado a estos principios. Esta figura derivada o surgida a través o a consecuencia del principio de libertad civil, permite al testador posponer la selección de sucesores y adjudicación de bienes entre los mismos a “un momento futuro de su fallecimiento ya que ignora cuál va a ser la situación familiar o personal”³⁶. Asimismo, en aquellos casos en los que el poder testatorio se otorga al cónyuge, supone una máxima protección al cónyuge sobreviviente ya que además, de otorgarle el usufructo poderoso – *alkarpoderoso* – de todos los bienes hasta que haga disposición de los mismos, protege al núcleo conyugal pudiendo postergar la transmisión de patrimonio a la siguiente generación hasta el fallecimiento de ambos cónyuges. Otorga en el caso del cónyuge viudo “un usufructo de regencia familiar”³⁷.

En cuanto al origen de la institución como tal, es decir, del poder testatorio, el profesor CELAYA IBARRA, realiza un listado de autores que hablan sobre el posible origen de esta figura que no sólo ha estado presente en el DFV. En primer lugar, el profesor CELAYA IBARRA cita a GARCÍA ROYO (*Foralidad Civil de las Provincias Vascongadas*), profesor que vincula el poder testatorio al Derecho Germánico, más concretamente a la figura del *Treuhänder*. En segundo lugar, a MANRESA NAVARRO (*Comentarios al Código Civil*) el cual lo vincula a la figura del mayorazgo. En tercer y último lugar, VICENTE CARAVANTES (*Comentarios al Código Civil*) relaciona el origen del poder testatorio con el derecho canónico, más concretamente

³⁶ GOROSTIZA VICENTE, José Miguel. “El Poder Testatorio...”. *Op. Cit.*, p. 169.

³⁷ ARZANEGI SARRIKOLEA, Julián M^a. “Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio”. En *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*. Bilbao: AVD, 2004, p. 125..

sobre una Decretal de Inocencio III sobre la sucesión de los clérigos que morían intestados. En este sentido CELAYA IBARRA duda de los orígenes que se atribuyen por esos autores de la figura foral, asegurando el origen consuetudinario del instrumento³⁸.

La sucesión por comisario, la podemos encontrar presente en el Derecho Foral Vizcaíno desde tiempos inmemoriales, constituyó parte del derecho consuetudinario hasta que el Fuero Viejo de Vizcaya (1452) dedicó el capítulo 127 a su regulación, siendo esta la primera referencia normativa escrita de la sucesión por comisario, en aquel entonces denominado testamento por comisario. Más tarde, las Leyes de Toro de 1505 recogieron esta figura en las Leyes 31-39, así mismo lo hizo el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526) el que regula la sucesión por comisario en el Título XXI³⁹.

Esta figura o instrumento jurídico para organizar la sucesión, fue rechazada por el proceso codificativo que dio lugar al Código Civil en el s. XIX, el cual en su artículo 670 establecía que “el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario”⁴⁰. El Código Civil, solo hace una referencia a la figura del comisario, en el artículo 1057, pudiendo confundir esta mención con un posible reconocimiento de este instrumento sucesorio, pero haciendo en realidad el legislador un uso erróneo de este concepto, ya que se trata de la figura del contador-partidor, la cual es una figura reconocida en el Derecho Común que facilita la partición de una herencia, pero que en ningún caso supone el “otorgamiento de poder a favor de cualquier persona

³⁸ CELAYA IBARRA, Adrián. “El testamento por comisario”. En *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios jurídicos, 1972, p. 739.

³⁹ GOROSTIZA VICENTE, José Miguel. “El Poder Testatorio...”. *Op. Cit.*, pp. 167-185.

⁴⁰ Artículo 670 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

con el fin de que el apoderado haga la elección de heredero o herederos del poderdante y distribuya su caudal relicto en la forma que tenga por conveniente”⁴¹. En este sentido, el profesor CELAYA IBARRA declara que la sucesión por comisario es “una de las más importantes discrepancias entre el Derecho Foral y el Código Civil, ya que éste no solamente no la admite, sino que la repudia en términos categóricos como contraria a los más elementales principios científicos”⁴².

Para concluir con el apartado, cabe hacer mención al Usufructo Poderoso reconocido en el Fuero Civil de Ayala, como figura análoga a la de Bizkaia, pero aplicable al Valle de Ayala. Los dos instrumentos, el vizcaíno y ayalés, fueron reconocidos por la compilación de 1992, reconociendo en la Exposición de Motivos de la Ley que “debe destacarse, la nueva regulación del testamento por comisario o alkar poderoso, una de las piezas más importantes de nuestro Derecho Foral, que permite crear un fuerte derecho de viudedad y atender a una adecuada organización de la familia”⁴³; la costumbre que regía en Gipuzkoa se reflejó en la Ley 3/1999, reconociendo a aquellos que ostentaran la vecindad civil guipuzcoana el derecho de hacer uso de la sucesión por comisario para “abordar la regulación por ley de la costumbre más arraigada en el mundo rural guipuzcoano, como es la transmisión familiar del caserío indiviso”⁴⁴.

⁴¹ LEZÓN NOVOA, Miguel Ángel. “Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1946, núm. 216, p. 299.

⁴² CELAYA IBARRA, Adrián. “El testamento por...”. *Op. Cit.*, p. 737.

⁴³ “Exposición de Motivos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco”. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de febrero de 2012, n° 39, pp. 13496-13530.

⁴⁴ “Exposición de Motivos de la Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa”. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de diciembre de 2011, n° 303, pp. 138472-138483.

3. Regulación actual (artículos 30-46 de la Ley 5/2015)

Tras analizar el concepto, el origen e historia de este instrumento sucesorio y sus posibles figuras análogas, cabe hacer una aproximación de su regulación actual. Debido a la reciente entrada en vigor de la Ley 5/2015 y a la especialidad de la figura, la bibliografía referida a la regulación actual del instrumento sucesorio que atañe a este trabajo no es extensa. En consecuencia, el presente apartado estará basado principalmente en el intenso estudio que el abogado FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ realiza el capítulo dedicado a la sucesión por comisario en el libro *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*⁴⁵.

La extensión del presente apartado imposibilita el hecho de poder hacer un estudio exhaustivo de la regulación actual de la sucesión por comisario, por lo que se remite al lector que precise de un conocimiento del tema en mayor profundidad, a la Ley 5/2015, la cual regula la sucesión por comisario en los artículos 30-46, pertenecientes a la Sección Cuarta del Capítulo I dentro del Título II de la Ley y a la propia obra de FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ.

Siguiendo el esquema que FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ realiza en su obra, cabe dividir la aproximación a la regulación actual de la sucesión por comisario en tres principales apartados.

3.1 Requisitos

Los requisitos que la LDCV establece a la sucesión por comisario se pueden dividir en tres diferentes tipos.

⁴⁵ URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a (Director/Coordinador). *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho/Dykinson, S.L., 2016.

En primer lugar, los requisitos personales, diferenciando entre las personas afectadas a tres tipos diferentes; el *causante*, el cual ha de ostentar la vecindad civil vasca y tener capacidad para otorgar testamento, a no ser que se trate de testamentos mancomunados o capitulaciones matrimoniales y pactos sucesorios entre cónyuges y parejas de hecho; el *comisario*, persona que no tendrá necesidad de ostentar la vecindad civil vasca, el comisario deberá tener la capacidad necesaria para el acto a realizar en el momento en el que ejercite el poder sucesorio, capacidad que no sólo deberá ser jurídica sino también de obrar; por último nos encontramos al *sucesor*, el cual debe demostrar capacidad en el momento de la delación.

En segundo lugar, nos encontramos ante los requisitos reales, el comisario, en el ejercicio del poder testatorio tiene tres restricciones que recoge la Ley, la primera, la de respetar en cualquier caso las disposiciones del causante, es decir, la falta de capacidad del comisario para alterar el poder sucesorio; la segunda, la de cumplir con las normas imperativas a las que estaba sujeto el causante, (a efectos de legítimas, troncalidad...); y la tercera y última restricción, que sería la de atenerse a las instrucciones que el causante le hubiera dado, estas instrucciones pueden por ejemplo ser, relativas a las personas entre las cuales el comisario debe elegir para heredar.

En tercer y último lugar, los requisitos formales, de acuerdo con el artículo 31 de la LDCV, el testamento notarial es la fórmula para otorgar un poder sucesorio, salvo para los cónyuges, que podrán hacerlo mediante una escritura pública de capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio, y las parejas de hecho que podrán hacerlo al igual que los cónyuges mediante escritura pública a través de su pacto regulador del régimen económico patrimonial o pacto sucesorio.

3.2 Efectos

En los efectos de la sucesión por comisario, debemos diferenciar entre tres momentos, quedando dividido los efectos en aquellos relativos a la pendencia del ejercicio del Poder Sucesorio, los efectos del ejercicio del Poder Sucesorio y aquellos relativos a la frustración del mismo.

En primer lugar, en cuanto a la pendencia del ejercicio del Poder Sucesorio, es necesario tener en cuenta que la Ley obliga, aceptado el cargo o no a realizar un inventario de los bienes de la herencia en los primeros seis meses desde el conocimiento de la designación, por lo que el poder queda vigente de manera automática sin necesidad de aceptación o renuncia que podrá el llamado a ser comisario realizar posteriormente. La *formación de inventario* es precisamente el primer efecto de este primer bloque de efectos, un inventario que de acuerdo con (el artículo) 34 de la LDCV debe contener tanto los bienes, como las deudas del causante, así como su valoración. El segundo efecto es el de la *administración y representación de la herencia*, hasta el ejercicio del Poder Sucesorio y a falta de albacea con facultades de administración y representación y de usufructuario, recaerá sobre el comisario. Aquí es donde entra la importancia de la figura del comisario-viudo como *alkarpoderoso*, ya que este, de acuerdo con el artículo 41.3 de la LDCV será representante, administrador y usufructuario del patrimonio que conforma la herencia. El tercero de los efectos es el del *usufructo del caudal hereditario*, ya que la LDCV establece tres vías para que el comisario-viudo sea el usufructuario de la masa patrimonial; vía por la que el causante le lega el usufructo universal, porque el régimen económico matrimonial que rige el matrimonio es el de la comunicación foral de bienes y por el mero hecho de ser comisario-viudo *alkarpoderoso*, a no ser que el causante haya establecido lo contrario. El cuarto y último efecto es el de la *liquidación de la herencia*, en este sentido caben destacar dos casos, la necesidad de hacer una liquidación de la sociedad conyugal, situación que establece qué bienes de esta masa

patrimonial se asignarán a la masa patrimonial del causante para su posterior reparto y para (los) que la ley establece unas condiciones especiales dependiendo de si el comisario es el cónyuge viudo o no y dependiendo del régimen económico matrimonial; y el segundo caso a destacar, que sería el del pago de deudas de la herencia mediante actos de disposición onerosa de los bienes de la misma, en este sentido, FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ entiende que, aunque la LDCV no sea demasiado clara en este sentido, el causante podrá facultar tanto al *alkarpoderoso* como al comisario no-viudo para disponer libremente de los bienes de la herencia, pudiendo hacerlo también por tanto de una forma onerosa.

En segundo lugar, en cuanto a los efectos del ejercicio del Poder Sucesorio, cabe destacar la idea de que se puede nombrar a más de un comisario, en cuyo caso la responsabilidad será mancomunada a no ser que se establezca lo contrario. Además, el comisario puede realizar su encargo en uno o varios actos, actos que podrán ser *inter vivos* o *mortis causa*.

En tercer lugar, nos encontramos ante los efectos de la frustración del Poder Sucesorio, en el caso del ejercicio del Poder o de su extinción, se abrirá la sucesión de los bienes de la herencia. Si la frustración del poder es derivada de la extinción del mismo, debemos plantearnos diferentes supuestos. Si son varios comisarios, los demás podrán continuar el ejercicio de su cargo, en el caso de haber designado sustituto el causante, este asumirá su papel y en el caso de no haber otros comisarios se abre la sucesión testamentaria en el caso de existir un testamento preventivo y sino una sucesión abintestato.

4. Extinción del poder sucesorio – Causas

Las causas de extinción del poder sucesorio, son las recogidas en el artículo 45 de la LDCV. Como las causas son claras, este apartado se limitará a enumerarlas, de acuerdo con lo que establece la LDCV:

“El poder testatorio se extinguirá:

- 1.– Al expirar el plazo concedido para su ejercicio.
- 2.– Por muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida del comisario.
- 3.– En el caso del cónyuge comisario, por la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, después de otorgado el poder testatorio, aunque no se haya dictado sentencia antes de la muerte del causante.
- 4.– Cuando el cónyuge-comisario contraiga nuevas nupcias, lleve vida matrimonial de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo el caso de que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario.
- 5.– Por renuncia. Se entenderá que el comisario renuncia cuando, requerido judicialmente para ello, no acepta la designación en el plazo de sesenta días.
- 6.– Por incurrir el comisario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas que dan lugar a la indignidad para suceder.
- 7.– Por las causas previstas en el propio poder.
- 8.– Por revocación.
- 9.– Por extinción de la pareja de hecho, salvo que lo sea por contraer matrimonio entre los mismos miembros de la pareja”⁴⁶.

⁴⁶ “Artículo 45 de la Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de julio de 2015, n° 176, pp. 62312-62346.

4. Aproximación a la práctica notarial alrededor de la figura de la sucesión por comisario desde la aprobación de la Ley 5/2015

En el presente apartado, tal y como se viene indicando a lo largo del trabajo, se pretende realizar un breve análisis de la práctica notarial relativa a la Sucesión por comisario, así como realizar una aproximación al uso que se hace de esta figura por parte de los causantes. En otras palabras, conocer cuán extendida está la figura en las tres provincias de la CAPV y cuáles son los motivos que llevan a los usuarios de la misma a elegirla.

4.1 Introducción del método

Para cumplir con el propósito antes indicado y con uno de los principales objetivos del trabajo, el método utilizado ha sido el de remitir un formulario (ANEXO I) a más de veinte Notarios y Abogados, para poder así responder con las contestaciones remitidas por la mayoría de los mismos a las cuestiones planteadas en el propósito del trabajo y en especial de este apartado del mismo. Los resultados obtenidos a través del formulario se indican divididas en dos principales bloques.

En primer lugar, a través de los siguientes apartados en los que, de una forma personal, se reflejan las lecciones aprendidas de las diferentes ideas y opiniones planteadas por los diferentes Notarios y Abogados alrededor de la sucesión por comisario y de su uso actual. Un apartado, que pretende aproximar al lector al entendimiento del uso actual que se hace de la figura de la sucesión por comisario. Un uso, que tal y como se extenderá en las líneas venideras, aunque ha respetado el tradicional propósito de mantener la influencia y protección del cónyuge viudo, se ha actualizado y sirve como mecanismo para poner solución a preocupaciones de diversa índole que presente el ciudadano que acude a una notaría a redactar su testamento.

En segundo lugar, a través de una tabla (ANEXO II), que plasma el resultado del muestreo realizado a los numerosos Notarios que representan las diferentes comarcas de las tres provincias de la CAPV, en relación a la práctica notarial llevada a cabo sobre la figura en cuestión. El resultado del muestreo, refleja la gran diferencia que hay en la práctica notarial con respecto del instrumento de la sucesión por comisario dependiendo la localización geográfica en la que se sitúe la Notaría y la opinión con respecto de la figura que tenga el Notario al que se realizan las preguntas. Los resultados que reflejan la tabla han derivado claramente en la redacción de la segunda y tercera conclusión del trabajo.

4.2 Lecciones aprendidas del estudio

La protección del cónyuge viudo y del patrimonio familiar como principal pero no única motivación para el uso de la figura

Tras el estudio de la figura y teniendo en cuenta los comentarios realizados por los numerosos Notarios y Abogados sobre la misma, queda claro que la protección del cónyuge superviviente y que sea este el que decida sobre la sucesión del matrimonio, es la principal motivación que lleva al uso de esta figura. Un comentario que coincide plenamente con las afirmaciones que a este respecto han realizado los tribunales, siendo un ejemplo de ello la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2002, en la que el Tribunal afirma en su fundamentación jurídica que “la institución del *alkarpoderoso* o poder testatorio (...), permite crear un fuerte derecho de viudedad y atender a una adecuada organización de la familia”⁴⁷.

La expresión *del uno para el otro* es de acuerdo con la mayoría de las fuentes consultadas, la principal fórmula que los matrimonios o parejas de hecho que acuden a testar utilizan para que el Notario posteriormen-

⁴⁷ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2002.

te les recomiende esta figura para su sucesión, ya que es una figura no muy conocida por el ciudadano común. Para poder plasmar esta voluntad en el testamento, la sucesión por comisario es la figura que plantea más ventajas y por tanto menos inconvenientes, ya que el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho inscrita, es usufructuario con capacidad de disposición de los bienes y puede adjudicarlos como quiera entre los descendientes comunes. De esta manera, la transmisión de los bienes, mediante su adjudicación puede adecuarse a las circunstancias de la familia, es decir, adaptar la ejecución del poder testatorio a las mismas. A modo de resumen, la mayoría de los supuestos en los que se da esta sucesión por comisario es cuando el matrimonio o pareja de hecho expone su idea ante el Notario sin que sepan darle una forma jurídica, y es el Notario el que les indica cuál es la fórmula jurídica más idónea para realizar su propósito. La fórmula utilizada por el Notario D. Fermín LIZARAZU ARAMAYO para estos casos en los testamentos suele ser:

“Da y confiere a su citado cónyuge poder testatorio por los años que viviere, para que con el carácter de Comisario disponga de todos sus bienes, en la forma que tenga por conveniente, en una o varias veces, en favor de sus hijos y descendientes comunes, tanto por título *mortis causa* o *inter vivos* haciendo al efecto, conforme al DCV, las donaciones, legados, (...), que tenga a bien, sin limitación alguna, conservando mientras no haga uso del poder que se le confiere, la administración de los bienes relictos y la representación de la herencia”⁴⁸.

En conclusión, observamos como la sucesión por comisario entre cónyuges es una forma de asegurar al viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho inscrita una postura firme hacia los descendientes. Esto especialmente, en aquellos casos en los que el viudo no posee propieda-

⁴⁸ Extraído del modelo de Testamento con Poder Testatorio facilitado por D. Fermín Lizarazu Aramayo, Notario de San Sebastián.

des o bienes propios y su situación económica puede quedar pendiente de sus descendientes, así como para evitar situaciones de problemas en los repartos de herencia, que obligan a malvender bienes para pagar los derechos hereditarios de los descendientes.

Tal y como indica el título de este apartado coincidiendo con las opiniones de las fuentes consultadas, esta es la principal motivación para el uso de la sucesión por comisario, una motivación extendida sobre todo en aquellos matrimonios cuyos miembros ostentan la vecindad civil local vizcaína aforada (incluyendo Llodio y Aramaio). Podemos afirmar por tanto que es la motivación que abunda en aquellos lugares en los que la figura se viene aplicando tradicionalmente. Además, de las conversaciones con diferentes Notarios, podemos afirmar, que la utilización de la sucesión por comisario motivada por la protección del viudo, no es tan habitual en el caso de la protección del MSPH, no siendo una figura tan extendida o recurrente entre los miembros de una pareja de hecho inscrita como entre los cónyuges de un matrimonio civil o religioso.

De esta afirmación realizada en el párrafo anterior, podemos extraer determinadas conclusiones entre las cuales cabe destacar, en primer lugar, la importancia del uso-costumbre en la utilización de esta figura sucesoria, reflejado esto en (el) hecho de que la principal razón que empuja a los ciudadanos a la utilización de la sucesión por comisario sea la que ha venido siendo desde que se creó la misma. Y, en segundo lugar, apreciar cómo aquellos principios que han inspirado la creación del DSV en general, y la sucesión por comisario en particular, permanecen presentes en el uso de este Derecho en la actualidad. Unos principios que se han mencionado en el tercer apartado del trabajo y entre los cuales cabe destacar el de *delegabilidad*, dentro del principio global de *libertad civil*. Todo ello unido a la importancia que la familia como institución ha tenido en la sociedad vasca a lo largo de la historia, y que hoy en día sigue teniendo.

La sucesión por comisario como solución a problemas concretos del causante

Muchas de las fuentes consultadas coinciden en que el uso indicado en el apartado anterior es el uso tradicional, especialmente extendido sobretodo en la zona aforada de Bizkaia. Esta cultura sucesoria no está tan extendida en el caso de Araba y Gipuzkoa, provincias en las que no existe una tradición en su utilización y, además, en las que no solo los ciudadanos, sino que también muchos Notarios son, de acuerdo con las fuentes consultadas, poco favorables a usarla, quizás por el largo arraigo al Código Civil.

En este sentido, no se debe olvidar que la sucesión por comisario no sólo está prevista entre cónyuges, sino que cabe también la posibilidad de otorgar poder testatorio en favor de un tercero, de lo que resultan posibles usos de la figura alternativos a la más común intención de favorecer al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho a través de una posición fuerte en la sucesión. Unos usos alternativos que plantean soluciones a problemas comunes en la sociedad actual y que pueden ser planteados en numerosas ocasiones, por parte de los ciudadanos que se presentan ante su Notario o Abogado, en el momento en el que piensan en redactar su testamento.

A continuación, se presenta un listado de usos concretos que las fuentes consultadas han planteado a la hora de hacer la recopilación de información y que muestran como la sucesión por comisario puede servir como solución a problemas cotidianos de la ciudadanía, problemas que pueden afectar a su sucesión, que presentan a su Notario o Abogado y para los cuales la sucesión por comisario sirve como solución.

El primero de los casos, sería el del control del patrimonio ante la situación de la existencia de un único descendiente incapaz, siendo el miembro supérstite del matrimonio, el tutor del hijo. La sucesión por comisario puede ser una de las maneras de facilitar el cuidado del descendiente, en

el sentido de que el nombramiento de una persona de confianza como comisario simplifica el control de ese patrimonio, evitando trámites como la declaración de incapacidad o la designación de tutor. Este es uno de los ejemplos en el que queda clara la importancia (de) la confianza en la persona a la que se le pretende otorgar el poder testatorio. La confianza es la base de este instrumento sucesorio, una confianza tal que permite al causante no solo gestionar, sino también llegar a disponer, dependiendo de las facultades otorgadas de su patrimonio una vez haya fallecido.

En el caso de los grandes patrimonios, tal y como indican las fuentes consultadas, la sucesión por comisario puede ser útil para ejercer un control sobre las sociedades o actividades económicas de la familia y evitar conflictos familiares que acaben mermando la capacidad económica de la misma. En este sentido, las fuentes indican que no suele ser al cónyuge viudo al que se otorga el poder testatorio, siendo en estos casos el comisario un tercero y siendo la práctica común que se separen las figuras de usufructuario, administrador y comisario. En estos supuestos de grandes patrimonios, de acuerdo a lo indicado por las fuentes consultadas, la posibilidad de realizar una mayor planificación fiscal es también una de las causas para la elección de la sucesión por comisario como forma para la sucesión, ya que esta planificación permite realizar un pago más eficiente o beneficioso para la familia de impuestos como el Impuesto del Patrimonio, etc.

Otro de los supuestos en los que la sucesión por comisario puede resultar de utilidad para dar solución o para evitar posibles problemas, es el supuesto de un segundo matrimonio, (habiendo) hijos del primer matrimonio. Es una eficaz forma de proteger al cónyuge en segundas nupcias, que no es progenitor de los hijos, de posibles exigencias de los descendientes para pagar sus derechos hereditarios. En estas ocasiones suele ser usual que las facultades otorgadas en el poder testatorio en favor del cónyuge en segundas nupcias sean menos amplias, para evitar posibles abusos por parte del cónyuge en segundas nupcias.

El último de los supuestos especiales a mencionar, es en aquellos casos en los que el causante quiere beneficiar a aquel o aquellas personas, sean descendientes o no, que más le hayan acompañado o atendido en su vejez en la que el causante no pueda ser consciente de ello. En este supuesto, el causante en plenas facultades puede nombrar un comisario con poder de enajenación de bienes y nombramiento de herederos, para que en el momento de fallecimiento del causante, premie mediante el ejercicio de su poder a aquellos que bajo su criterio o el que le indicara el causante, más le hayan acompañado o ayudado.

Observamos mediante el estudio de estos supuestos, que los usos que se le pueden dar a esta figura son diversos, la utilidad de la figura ha evolucionado por tanto con los tiempos, adaptándose a las necesidades de las familias vascas del s. XXI que muy fácilmente pueden enfrentarse a problemáticas como las expuestas en este apartado. Unos usos que hacen que la figura sea denominada por algunos juristas de una forma coloquial como el “*trust vasco*”, realizando una comparativa o similitud entre la sucesión por comisario y la figura del *trust*, figura basada en una relación fiduciaria que nace y se desarrolla en el ámbito de los países de *common law*. Una comparativa o similitud que sin duda podría dar para el estudio y redacción de otro trabajo o tesis.

Limitaciones al uso de la figura

No todos los supuestos encajan en la sucesión por comisario, y hay situaciones para las que esta figura puede incluso suponer un inconveniente más que una ventaja. La confianza, es, como ya se ha indicado, el pilar fundamental sobre el que se sustenta el uso de esta figura, evitar posibles arbitrariedades es uno de los principales objetivos de regular la tarea del comisario en el testamento.

Es por ello que, con arreglo a la información que he manejado para la elaboración de este estudio, los matrimonios de una edad media-avanzada son los que más frecuentemente acuden a este tipo de figuras. Comúnmente se aprecia, que se trata de matrimonios que se conocen lo suficiente y que tienen una confianza plena en uno mismo, sí bien, existe la posibilidad de que uno de los hijos o nietos influya sobre el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho inscrita de forma severa, y pueda en este sentido, empujarle a hacer disposiciones hereditarias que violenten la que era la primera voluntad del cónyuge difunto. Es por ello necesaria una confianza ultra mortis en la propia pareja, especialmente fuerte, a la hora de otorgar un poder testatorio.

En este mismo sentido, es necesario tener en cuenta el hecho de que el viudo o viuda contraiga nuevo matrimonio o haga vida en pareja supone, a no ser que se dispense expresamente, una causa de extinción de la figura, por lo que, cuando el Notario, según argumentan las fuentes notariales consultadas, procede a explicar la figura en el momento de redactar el testamento, se ve obligado a ofrecer la opción de la dispensa, momento en el que según las apreciaciones de las fuentes consultadas puede derivar en un momento difícil causando situaciones conflictivas.

Las mayores dificultades observadas en los territorios de Gipuzkoa y Araba, según las fuentes consultadas tienen que ver, en primer lugar, con una tradición muy arraigada a la sucesión establecida en el Código Civil. En este sentido, la sucesión por comisario podría decirse que es un instrumento sucesorio que no ha calado aún del todo en la sociedad.

En segundo lugar, nos encontramos ante el inconveniente del régimen económico matrimonial supletorio legal en ambas provincias, la sociedad de gananciales, un régimen que previamente hay que liquidar, una liquidación que puede resultar un inconveniente exceptuando los casos en los que se designe albacea contador partidior con facultades para liquidar

la sociedad conyugal. Es mejor partir de una situación de separación de bienes o como en territorio aforado vizcaíno que con el régimen de comunicación foral el cónyuge viudo pueda adjudicarse la mitad de los bienes comunicados sin mayor inconveniente.

Por último, nos encontramos ante el obstáculo que supone el hecho de que las Haciendas Forales, debido a su especial trato fiscal y su novedad, impongan trabas burocráticas, sobretodo en Gipuzkoa; no es este el caso de la provincia de Araba, ya que la Hacienda Foral de Araba está familiarizada con esta figura teniendo en cuenta la tradicional aplicación de la misma en Llodio, Aramaio y el territorio que abarca la Tierra de Ayala. En este mismo sentido, la falta de conocimiento de la figura por parte de ciertas entidades bancarias puede suponer otro obstáculo para su aplicación.

V. CONCLUSIONES

1. Tras analizar los diferentes aspectos relativos a la sucesión por comisario en los apartados anteriores, cabe concluir que la sucesión por comisario es un instrumento sucesorio, cuyos usos son hoy en día muy diversos. Unos usos, que reflejan las finalidades perseguidas por los otorgantes y que se pueden dividir en dos bloques.
 - a. El primero de los bloques es el que responde al uso tradicional de la figura. Una práctica común, histórica y actualmente, en la Tierra Llana de Bizkaia y en Llodio y Aramaio que consiste en dar forma jurídica al deseo del otorgante de dotar al cónyuge viudo de una fuerte posición para con el patrimonio familiar. Un empleo de la figura que refleja la costumbre y la tradición como aspectos claves en la utilización de este tipo de figuras y del DSV en general.

- b. El segundo de los bloques correspondería a aquellos usos que dan respuesta a necesidades concretas y, en la mayoría de los casos, especiales que el otorgante plantea al Notario en la actualidad. Necesidades para las que la sucesión por comisario supone una eficiente solución. Unas prácticas que son, de acuerdo con las fuentes consultadas y a lo expresado a lo largo del trabajo, las que representan el uso mayoritario que se le hace de la figura en la provincia de Gipuzkoa y en aquella parte de Araba en la que la figura es aplicable desde la entrada en vigor de la Ley 5/2015.
2. La sucesión por comisario, si bien desde el tres de octubre de 2015 está extendido a todos aquellos que se rigen por el DCV, únicamente es, o mejor dicho sigue siendo predominante en el territorio de la provincia de Bizkaia y en el de los municipios de Llodio y Aramaio: ello es debido fundamentalmente al mayor conocimiento que sus ciudadanos tienen al respecto, resultante a su vez de una tradición consolidada a lo largo de décadas.
3. La figura, a pesar de su utilidad e idoneidad para dar satisfacción a los distintos intereses y necesidades del causante, no es utilizada en exceso en las provincias de Gipuzkoa y de Araba por diversos motivos que se enumeran a continuación.
 - a. En primer lugar, cabe resaltar la importancia de la recomendación de la figura por parte del Notario para que ésta sea seleccionada por los causantes como fórmula jurídica para la redacción de su testamento. En este sentido, todas las fuentes consultadas coinciden en que casi el 90% de los casos en los que se otorga un testamento con poder sucesorio los es por asesoramiento personal y directo del notario autorizante. Por tanto, el conocimiento por parte

del Notario de la figura, así como la visión favorable del instrumento, viene a resultar esencial para que su uso se extienda entre los otorgantes. De acuerdo con los resultados obtenidos mediante el muestreo y las respuestas al formulario, puedo concluir que los notarios de Gipuzkoa y Araba son, en general, menos proclives a recomendar esta figura.

b. En segundo lugar, y como ya he adelantado en la anterior conclusión, es determinante la tradición. Es lógico que un ciudadano vizcaíno aforado que haya tenido la posibilidad de conocer una sucesión por comisario en la sucesión de alguno de sus ascendientes sea más proclive a escoger esta fórmula jurídica, que un guipuzcoano o alavés que solo conozca sucesiones regidas por el régimen común. A este respecto, cabe destacar la reciente extensión de esta figura a estos dos territorios, por lo que debería ser normal esperar unos cuantos años para que la figura se propague y aumente su uso.

c. En tercer y último lugar, y directamente relacionado con el punto anterior, dada su novedad y a pesar de la existencia de Normas Forales de adaptación fiscal, por ahora, la ejecución de la figura en el ámbito fiscal y bancario está poco rodada sobre todo en la provincia de Gipuzkoa, pero también en ciertas zonas de la provincia de Araba, causando esto un descontento en el ámbito burocrático. Esto supone un claro impedimento para que la figura se extienda, además de un obstáculo para su utilización tal y como se ha indicado en el apartado anterior.

4. Más allá de la *vizcainidad* de la figura, no se puede obviar en esta conclusión el hecho de la capacidad de esta fórmula jurí-

dica y del DSV en general, de actualizarse y de adaptar su uso a las necesidades y planteamientos que se puedan presentar en los ciudadanos, y son un claro reflejo de ello las utilidades extraídas de las conversaciones con los diferentes Notarios y Abogados, a los que no puedo dejar de dar las gracias en el este final del trabajo por su disposición y colaboración.

VI. LISTADO DE REFERENCIAS

1. Legislación

España. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, nº 311, pp. 29313-29424.

España. Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del País Vasco. *Boletín Oficial del Estado*, 22 de diciembre 1979, nº 306, pp. 29357-29363

España. Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. *Boletín Oficial del Estado*, de 7 de marzo de 1973, nº. 57, pp. 4537-4547.

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
Comunidad Autónoma de Aragón. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, del Texto Refundido de las Leyes Aragonesas. *Boletín Oficial de Aragón*, de 29 de marzo de 2011, nº 67, pp. 6490-6616.

Comunidad Autónoma de Cataluña. Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo de las sucesiones. *Boletín Oficial del Estado*, de 7 de agosto de 2008, nº 190, pp. 33735-33788.

Comunidad Autónoma de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. *Boletín Oficial del Estado*, de 11 de agosto de 2006, nº 191, pp. 30073-30100.

Comunidad Autónoma del País Vasco. Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de febrero de 2012, n° 39, pp. 13496- 13530.

Comunidad Autónoma del País Vasco. Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de diciembre de 2011, n° 303, pp. 138472- 138483.

Comunidad Autónoma del País Vasco. Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de julio de 2015, n° 176, pp. 62312-62346.

Islas Baleares. Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. *Boletín Oficial de las Islas Baleares*, de 2 de octubre de 1990, n° 120, pp. 6097-6103

2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 13 de marzo de 1993, Ponente D. Rodríguez y Bereijo.

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 6 de mayo de 1993, Ponente D. Luis López y Guerra.

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de junio de 2010, Ponente D. Guillermo Jiménez y Sánchez.

Senencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 1863, Ponente Gabriel Ceruelo y de Velasco.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 1962, Ponente D. Tomás Ogávar y Ayllón.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1990, Ponente D. Ignacio Sierra y Gil de la Cuesta.

Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de diciembre de 1991, Ponente José María Satrústegui y Martínez.

Análisis de la sucesión por comisario. Perspectiva de la figura desde la aprobación de la ley 5/2015 de Derecho Civil vasco y aproximación a la práctica notarial

Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de enero de 2001, Ponente D. José María Satrústegui y Martínez.

Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 3 de mayo de 2004, Ponente D. Fernando Ruiz y Piñeiro.

Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de enero de 2001, Ponente, José María Satrústegui y Martínez.

3. Bibliografía

AIZPURUA ONDARO, Gontzal. “Título Preliminar. Capítulo II. De los principios inspiradores de la Ley Civil Vasca”. En *La Ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. (URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. Director/Coordinador). Bilbao: Academia Vasca de Derecho/Dykinson, S.L., 2016, p. 29-33.

AIZPURUA ONDARO, Gontzal. “Título I. Los principios de Derecho Patrimonial”. En: *La Ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. (URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. Director/Coordinador). Bilbao: Academia Vasca de Derecho/Dykinson, S.L., 2016, pp. 41-44.

ÁLVAREZ LATA, Natalia. “Galicia: Sucesiones”. En *Memento Práctico de Derecho Civil Foral*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2011, pp. 783-854.

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. “El futuro del derecho Foral Vasco: la necesaria modernización de nuestro ordenamiento privado”. En *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País*. Donostia-San Sebastián, 2010, núm. LXVI-2, pp. 775-795.

ARZANEGI SARRIKOLEA, Julián M^a. “Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio”. En *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*. Bilbao: AVD, 2004, pp. 119-148.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara. “Perspectiva Actual del Derecho Civil Vasco”. En *Derecho Civil Foral Vasco*. Ed. Número 1. Bilbao: Gobierno Vasco, 1995, pp. 9-26.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos Civiles, forales o especiales, allí donde existan”. En *Derecho privado y Constitución*. Ed. Número 1, 1993, pp. 15-82.

CELAYA IBARRA, Adrián. “El testamento por comisario”. En: *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios jurídicos, 1972, pp. 738-782.

CELAYA IBARRA, Adrián. “Objetivos de una Ley Civil Vasca”. En: Jornada. *Hacia la primera Ley Civil Vasca*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, 2007, pp. 13-32.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana. *La regulación sucesoria de la propiedad del case-río en el Territorio Histórico de Guipúzcoa*. Universidad del País Vasco, 2009.

FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús. “De la sucesión por comisario”. En *La Ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. (URRUTIA BADIOLA, Andrés M^o. Director/Coordinador). Bilbao: Academia Vasca de Derecho/Dykinson, S.L., 2016, p. 69-83.

GALICIA AIZPURUA, Gorka. “Notas a la Ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho Civil Vasco”. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Febrero de 2016, n^o 4. Pp. 303-320.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Instituciones y modelos en el Derecho civil vasco: cauces (comunes) y condicionantes familiares (específicos) en el Derecho sucesorio vasco”. En *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa. Quinta sección: Derecho de sucesiones*. (HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar. Coordinadora; PEÑERA VICENTE, Montserrat. Directora) Bilbao: UPV/EHU, 2015.

GOROSTIZA VICENTE, José Miguel. “El Poder Testatorio: un instrumento eficaz para la ordenación del patrimonio”. En *Derecho Sucesorio: el poder testatorio y la nueva regulación del artículo 831 del Código Civil*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, 2004, pp. 167-185.

HUALDE MANSO, Teresa (coordinadora). “Navarra: Sucesiones”. En *Momento Práctico de Derecho Civil Foral*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, S.A. 2011, p. 913-977.

LEZÓN NOVOA, Miguel Ángel. “Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1946, núm. 216, p. 298-309.

Análisis de la sucesión por comisario. Perspectiva de la figura desde la aprobación de la ley 5/2015 de Derecho Civil vasco y aproximación a la práctica notarial

MANZANO MALAXAECHEVARRÍA, Juan Ramón y URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “El nuevo artículo 831 del Código Civil y su repercusión en Bizkaia”. En *Derecho Sucesorio: el poder testatorio y la nueva regulación del artículo 831 del Código Civil*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho, 2004, pp. 55-65.

MATA RIVAS, Francisco. “Aragón: Sucesiones”. En *Memento Práctico de Derecho Civil Foral*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, S.A. 2011, pp. 129-255.

MARTÍ I MIRALLES, Joan. *Principis del dret successori aplicats a fórmules d’usdefruit vitalícia u d’herència vitalícia*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1985.

NAVAJAS LAPORTE, Álvaro. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*. Clásicos del Derecho Civil Vasco, n^o9. Bilbao: Academia Vasca del Derecho, 2009.

OSÉS ABANDO, Josu. “Exposición de motivos y trámites legislativos”. En *La Ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. (URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. Director/Coordinador). Bilbao: Academia Vasca de Derecho/Dykinson, S.L., 2016, pp. 19-22.

PUIG I FERROL, Lluís. “Herencia de Confianza. Cataluña: Sucesiones”. En *Memento Práctico de Derecho Civil Foral*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, S.A. 2011, pp. 509-757.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana. “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre los Derechos Forales”. En *Derecho Civil Foral Vasco*. Ed. Número 1. Bilbao: Gobierno Vasco, 1995, pp. 27-54.

TRINCHANT BLASCO, Carlos. “Baleares: Sucesiones”. En *Memento Práctico de Derecho Civil Foral*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, S.A. 2001, p. 269-294.

URRUTIA BADIOLA, Andrés M^a. “La sucesión *mortis causa* en el Derecho Civil Vasco: una visión global”. En *El Derecho Civil Vasco del S. XXI, de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Bilbao: Parlamento Vasco/Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, 2015, p. 310-341.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Panorama del Derecho de Sucesiones. I Fundamentos*. Madrid: Civitas, 1982.

VII. ANEXOS

ANEXO I

1. ¿Cuántos testamentos con Poder Testatorio se han otorgado en su Notaría desde la aprobación de la Ley 5/2015?
 - a. Para Notarios de Vizcaya: ¿Ha aumentado el número de testamentos con Poder Testatorio desde que, amparados en el artículo 13 de la Ley 3/1992, vizcaínos aforados y no aforados pueden hacer uso de esta figura?
2. Las personas que hacen uso de esta figura, ¿lo hacen generalmente por conocimiento propio de la misma o por asesoramiento del Notario?
3. ¿Es el deseo de mantener unido el patrimonio familiar el que motiva a los causantes a hacer uso de esta figura?
4. La posibilidad de no presentar el Impuesto de Sucesiones hasta el ejercicio del Poder Testatorio, ¿es una de las motivaciones para la utilización de esta figura?
5. ¿Es uno de los principales objetivos perseguidos por aquellos que eligen la Sucesión por Comisario como su forma de sucesión otorgar un poder y control total del patrimonio familiar al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho?
6. Por último y abusando de su cordialidad, ¿considera que exista algún inconveniente que afecte a algún caso concreto en la utilización de esta figura?

ANEXO II

PROVINCIA	ZONA COMARCA	PORCENTAJE MEDIO DE TESTAMENTOS CON PODER TESTATORIO (*)
Bizkaia	Bilbao	70%
	Busturialde	70%
	Duranguesado	75%
	Lea Artibai	80%
	Uribe	75%
Araba	Laguardia	35%
	Llodio	70%
	Salvatierra	0%
	Vitoria	5%
Gipuzkoa	Also Urola	0%
	Bidasoa	20%
	Donostialdea	10%
	Goierri	1%
	Urola-Costa	1%
	Tolosaldea	15%

(*) Aproximación obtenida del muestreo realizado a un mínimo de un Notario por Zona

NOTAS

OHARRAK

EXPLANATORY NOTES

1. SE PLANTEA DUDA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DERIVADA DE LA STS 237/2021 DE 4 DE MAYO EN MATERIA DE PRÓRROGA TÁCITA DE ANOTACIÓN DE EMBARGO EN EL ÁMBITO DEL REGISTRO DE BIENES MUEBLES

Véase la Resolución de la DG de 26 de julio de 2018.

las diferentes secciones, y las operaciones registrales a realizar en cada una de ellas, no quedan sometidas a un mismo y único régimen jurídico, sino que, como establece la disposición adicional única del Real Decreto de 3 de diciembre de 1999, dentro de cada una de las secciones que lo integran se aplicará la normativa específica reguladora de los actos o derechos inscribibles que afecten a los bienes y en lo no previsto se estará, según el punto sexto de la citada norma, en cuanto sea aplicable, a lo dispuesto en la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el Reglamento del Registro Mercantil y el Reglamento Hipotecario. Es decir, que a cada acto o derecho inscribible se le aplicará la ley o norma que lo regula y se practicarán los asientos en la sección correspondiente según su objeto y con sujeción a su Arancel propio y específico. Así, se aplicará según los casos, la Ley de Venta a plazos y su Ordenanza a los actos sujetos a ella (venta a plazos, arrendamiento financiero, anotaciones de embargo de los derechos del comprador a plazos o del arrendatario, etc.), siendo de aplicación a tales actos el Arancel contenido en el artículo 36 de la Ordenanza; la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a las operaciones propias del Registro de Condiciones Generales, que tiene también su propio Arancel; el Arancel de los Registradores Mercantiles en materia de buques y aeronaves; la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento y su Reglamento a la inscripción de hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento y las motivadas por su ejecución, así como las anotaciones de embargo sobre la propiedad de bienes muebles, siendo de aplicación el Arancel de los Registradores de la Propiedad, según dispone el artículo 58 del Reglamento de la Ley de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento».

«La disposición adicional segunda de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles establece «Dicha anotación tendrá una vigencia de cuatro años y, una vez transcurrido dicho plazo, se cancelará de oficio o a instancia de cualquier interesado, si no consta en el Registro su prórroga». Por el contrario, el artículo 38 del Decreto de 17 de junio de 1955, que aprueba el Reglamento del Registro de la Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión (“BOE” de 17 de julio) señala que: “...La anotación judicial caducará a los tres años de haberse practicado. Podrá prorrogarse hasta la terminación por sentencia firme del procedimiento en que se hubiere decretado, a menos de que se consignare el crédito asegurado. Esta prórroga será concedida en virtud de providencia del Juez o Tribunal que hubiere ordenado la anotación”. Cabría plantearse que por aplicación del punto 6 de la disposición adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, al establecer como supletorio el Reglamento del Registro Mercantil y el Hipotecario, que remiten al artículo 86 de la Ley Hipotecaria, el plazo sería de cuatro años, pero nuevamente no puede eludirse lo dispuesto en el punto 2 de la citada disposición adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que deja a salvo la aplicación de la normativa reguladora específica y por tanto la existencia de anotaciones con duración especial, como recogió la resolución de la Dirección General de 11 de abril de 2000 citada que resolvía sobre la aplicación de la legislación de Bienes Muebles en respuesta a una consulta efectuada por una registradora mercantil».

Como resulta por extenso de las consideraciones anteriores la legislación hipotecaria no es de aplicación en aquellos aspectos en que rige la legislación específica de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento que en sede de caducidad, no sólo de anotaciones sino también de inscripciones, dispone de un régimen propio.

Texto relevante de la STS 237/2021

La clave radica en el efecto de la emisión de la certificación de cargas, con la consiguiente nota marginal, que si se pretende «cause estado» y produzca «su finalidad para dicha ejecución desde la fecha de la emisión de la citada certificación de cargas y gravámenes», con las matizaciones derivadas del reseñado sistema de actualización permanente de información registral de la finca hasta la subasta, tiene que tener una repercusión en la información registral, en cuanto que impida la caducidad de la anotación preventiva y la cancelación del asiento, aunque sea durante el tiempo razonable para asegurar la eficacia de la información suministrada por la certificación de cargas en aquella ejecución judicial. Sólo así se evita la falta de seguridad jurídica preventiva advertida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la medida en que el registro seguiría informando de la existencia de la anotación preventiva de embargo y la nota marginal correspondiente a la certificación de cargas».

La duda que se plantea es si entender aplicable la doctrina de la STS únicamente a las anotaciones a que se refiere el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, circunscrito al ámbito del Registro de la Propiedad y por tanto la duración y prórrogas en el ámbito del Registro de Bienes Muebles ha de seguir sus plazos legales vigentes o si, por el contrario, dada la remisión de la legislación de Bienes Muebles a la LH y RH conlleva al artículo 86 y, por tanto, la interpretación que del mismo se haga cuando, en aplicación del artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se libre mandamiento para la expedición de certificación de dominio y cargas.

En este último supuesto, la STS indica literalmente el plazo razonable de prórroga tácita de 4 años, partiendo de la aplicación del artículo 86 LH.

Siendo de 3 años el plazo de vigencia de la anotación preventiva en el caso del *Reglamento del Registro de la Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión*, que permite que por medio de providencia se produzca una prórroga indefinida hasta la terminación del procedimiento, no se prevé la posibilidad de prórrogas de duración limitada, por

lo que no parece razonable aplicar la STS en cuanto a tener por solicitada una prórroga “por tiempo razonable” que, en todo caso, no podría ser de 4 años al no ser el previsto para este tipo de anotaciones.

La previsión es de prórroga indefinida, por lo que la duda sería si la solicitud de expedición de certificación en estos procedimientos implica, por aplicación extensiva de la STS, la solicitud tácita de prórroga de la anotación y si en este caso, por aplicación de su propia legislación, dicha prórroga sería indefinida.

Ahora bien, dado que la STS se circunscribe a un supuesto de anotación preventiva del artículo 86 de la LH, ¿cabe aplicación analógica de una interpretación lógica y no teleológica del TS, basada en la equidad y no en el texto legal?

- Si se entiende que sí, se tendrá por solicitada tácitamente esa prórroga indefinida.
- En caso negativo, se expedirá la certificación y practicará nota al margen prevista en la LEC sin determinar prórroga.

En este último caso, no obstante, podría incluirse alguna referencia a dicha interpretación, como podría ser: “La práctica de la nota marginal no implica la prórroga de la anotación preventiva de embargo”. Quizás incluso ello pueda dar pie a algún recurso que ilustre la interpretación en el ámbito del Registro de Bienes Muebles de esta sentencia.

2. UNA PAREJA DE HECHO INSCRITA EN EL REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO Y QUE HA OPTADO POR EL RÉGIMEN DE GANANCIALES COMPRA UNA VIVIENDA POR MITADES INDIVISAS PERO AFECTA CADA MITAD AL RÉGIMEN DE GANANCIALES. A LA VISTA DE LAS RESOLUCIONES DE LA DG QUE NO ADMITEN LA INSCRIPCIÓN CON CARÁCTER GANANCIAL EN CASO DE PAREJAS DE HECHO POR TRATARSE DE UN REGISTRO ADMINISTRATIVO, SIN EFICACIA FRENTE A TERCEROS ¿PODRÍA INSCRIBIRSE CON EL CARÁCTER SOLICITADO?

Atendiendo a la doctrina de la DG, puede sostenerse que no es posible, según reiteradas resoluciones de la Dirección General, la última de 21 de junio de 2021. A continuación se reproducen los argumentos establecidos en las mismas.

Sería necesario que manifestaran el consentimiento a la inscripción por mitades indivisas en comunidad ordinaria o en la forma de sociedad civil o cualquier otra elegida, pero no podría inscribirse con afección al carácter ganancial.

En primer lugar, Vistos los artículos 1255, 1346.4, 1347, 1352, 1355, 1359 y 1361 del Código Civil; 4 y 5 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco; 1 y 18 de la Ley Hipotecaria; 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990, 12 de septiembre de 2009 y 23 de abril de 2013; las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995, 27 de mayo de 1998, 18 de febrero de 2003, 12 de septiembre de 2005, 8 de mayo de 2008 y 15 de enero de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero y 12 de junio de 2013, 22 de julio de 2016, 2 de febrero de 2017 y 11 de junio de 2018, “cabe recordar que el Tribunal Supremo ha recono-

cido que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1.255 C.c. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional, en la Sentencia número 93/2013, de 23 de abril, dictada a propósito del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra. Así, podrán pactar válidamente entre ellos que les sean de aplicación las normas que disciplinan, en general, los distintos regímenes económicos matrimoniales, y en concreto el de la sociedad de gananciales, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial —como ocurre en el presente caso—, bien por la adopción de pactos concretos que tradujeran en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales. No obstante, debe recordarse el criterio sentado por la Dirección General en Resolución de 7 de febrero de 2013.

Ciertamente, no está regulada en las leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión.

Como pone de relieve la misma Resolución, mediante pacto expreso se puede admitir la posibilidad de que los convivientes, valiéndose de los medios de transmisión ordinarios, o en el momento de adquirir un bien o derecho concreto pueden configurar comunidades de bienes entre ambos. Además, como recuerda la misma Resolución, el documento donde consten los pactos será inscribible en el Registro de Parejas de Hecho, pero nunca perjudicaran a terceros. Según los razonamientos precedentes, no puede aplicarse a la inscripción en el Registro de la Propiedad por los integrantes de la pareja de hecho el régimen económico- matrimonial de la sociedad de gananciales, a pesar de haber sido pactado expresamente, sin que pueda admitirse lo que ha sido calificado por algún sector doctrinal y jurisprudencial como «matrimonio parcial», limitado únicamente a los efectos económicos. Ello no obsta para que, en aras a la voluntad expresamente declarada de los convivientes de hacer comunes los bienes adquiridos durante la convivencia, puedan estos inscribirse a nombre de aquellos, pero deberá realizarse por medio de figuras como la de la sociedad particular, universal o la comunidad de bienes”, circunstancia que no concurre en el título presentado.

La doctrina de la DG que se tomó como fundamento del defecto principal o inicial, es decir, de la imposibilidad de hacer constar la adquisición con sujeción a régimen económico matrimonial de quienes no tienen contraído matrimonio, ha sido confirmada y ampliada, haciendo especial referencia a su aplicación general para todo supuesto de aplicación de la legislación autonómica de País Vasco, por la resolución de 21 de junio de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 8 de julio de 2021, es decir, con posterioridad a la primera nota de calificación pero con anterioridad a la autorización de la diligencia de subsanación y de la calificación de la misma que por la presente se emite.

Tal doctrina no puede por tanto desconocerse, en tanto confirma la anterior y la refuerza indicando que la falta de eficacia frente a terceros del pacto entre los constituyentes de la pareja de hecho, reservada para las capitulaciones matrimoniales inscritas en el Registro Civil, impide el reflejo de dicho pacto en el Registro de la Propiedad y conlleva que los bienes se adquieran en comunidad ordinaria o cualquier otra forma de comunidad establecida por las partes, la cual deberá ser indicada por las mismas, en cuyo caso la misma ha de quedar determinada, incluso en las partes indivisas en que cada uno de ellos adquiera, aplicando por tanto la exigencia derivada del artículo 54 del Reglamento Hipotecario, si procede, y todo ello sin perjuicio de la eficacia entre las partes en cuanto la responsabilidad y régimen de obligaciones y derechos exigibles establecidas entre los mismos.

En preciso añadir la Resolución de 9 de diciembre de 2021, que rechaza la posibilidad de inscribir con carácter ganancial los bienes adquiridos por una pareja de hecho inscrita en el Registro de Parejas de hecho del País Vasco acogida expresamente al régimen de gananciales.

La consecuencia directa es que, según el tenor de la misma, la aplicación de la legislación vigente hace que no sea inscribible un bien o derecho como sujeto a un régimen económico matrimonial cuando sus titulares

están constituidos en pareja de hecho inscrita en registro administrativo de País Vasco, por los siguientes argumentos resumidos:

- a. El registro de parejas de hecho de administrativo y de ámbito autonómico, careciendo de eficacia erga omnes o frente a terceros.
- b. La atribución de régimen económico matrimonial exige como presupuesto la existencia de un matrimonio.
- c. Los regímenes económico matrimoniales han de pactarse en escritura pública necesariamente, lo que no concurre cuando la declaración se hace al tiempo de la inscripción de pareja de hecho en el documento administrativo correspondiente.
- d. Para su eficacia frente a terceros, dada la vinculación de todo el ámbito patrimonial, tanto ad intra como ad extra, han de constar inscritas en el Registro Público correspondiente, es decir, en el Registro Civil, careciendo las Comunidades Autónomas de competencia para la regulación del contenido del mismo.

<https://www.boe.es/boe/dias/2021/12/09/pdfs/BOE-A-2021-20344.pdf>

Vistos los artículos 10.1 y 149.1.8.^a de la Constitución Española; 1255 y 1365 del Código Civil; 4 y 5 y las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma del País Vasco; los artículos 1, 18, 325 y 326 de la Ley Hipotecaria; 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; las Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990, 12 de septiembre de 2009 y 23 de abril de 2013; las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995, 27 de mayo de 1998, 18 de febrero 2003, 12 de septiembre de 2005, 8 de mayo de 2008 y 15 de enero de 2018; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero y 12 de junio de 2013, 22 de julio de 2016, 2 de febrero de 2017 y 11 de junio

de 2018, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 21 de junio de 2021

...

2. Como indicó este Centro Directivo en Resolución de 11 de junio de 2018, cabe recordar que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de mayo de 1998, confirmada por otras de fecha posterior (Sentencias de 18 de febrero 2003, 12 de septiembre de 2005, 8 de mayo de 2008, o 15 de enero de 2018) afirmó que:

«(...) Naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1.255 C.c.; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter pateticen que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes (...)».

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional, en la Sentencia número 93/2013, de 23 de abril, dictada a propósito del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra, que declara expresamente, en su fundamento jurídico 5, que «consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta.

Así, el art. 1255 del Código civil plasma el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales privadas, y dispone que los contratantes pueden establecer todos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente “siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”». Los convivientes pueden alcanzar pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarias a los referidos límites generales. Así, podrán pactar válidamente entre ellos que les sean de aplicación las normas que disciplinan, en general, los distintos regímenes económicos-matrimoniales,

y en concreto el de la sociedad de gananciales, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial, bien por la adopción de pactos concretos que tradujeran en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales.

3. No obstante, debe recordarse el criterio sentado por esta Dirección General en Resolución de 7 de febrero de 2013. Ciertamente, no está regulada en las leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión. En este sentido, resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico –no así desde el social–, destacan precisamente, por lo contrario.

Esto es así por los siguientes motivos: a) la imposibilidad de crear una sociedad de gananciales –que es un régimen económico–matrimonial– sin matrimonio; b) falta de publicidad de la misma frente a terceros, y c) la imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales; y, dado que los regímenes económicos matrimoniales sólo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales, de ello se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladoras de un régimen económico como es el de la sociedad de gananciales.

Así pues, carece de sentido aplicar a las uniones extramatrimoniales el régimen legal supletorio de la sociedad de gananciales, incluso mediante pacto expreso de los convivientes. Como pone de relieve la misma Resolución, mediante pacto expreso se puede admitir la posibilidad de que los convivientes, valiéndose de los medios de transmisión ordinarios –sea permuta, donación, sociedad civil o incluso irregular–, puedan conseguir que todos o parte de los bienes de titularidad de uno de ellos lleguen a pertenecer a ambos «pro indiviso», sujetándose a las normas generales de la comunidad ordinaria y de la contratación.

Junto a lo anterior es evidente que en el momento de adquirir un bien o derecho concreto puede adquirirse en comunidad por ambos convivientes, versando dichos pactos sobre bienes o derechos concretos. Cabe una comunidad de bienes entre los convivientes, si queda acreditado que

tenían una inequívoca voluntad de hacer común la vivienda. De no acreditarse el pacto expreso o tácito de constitución de una comunidad, deviene obligado concluir su inexistencia.

A falta de pacto expreso, las participaciones en esa comunidad serán por partes iguales. Además, como recuerda la misma Resolución de 7 de febrero de 2013, el documento donde consten los pactos será inscribible en el Registro de Parejas de Hecho, pero nunca perjudicarán a terceros.

Tales consideraciones se expresan respecto de la Ley andaluza de parejas de hecho, pero, según la Resolución de 11 de junio de 2018 antes citada, deben considerarse también aplicables a la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco, por cuanto su contenido en este punto es prácticamente idéntico (pues fija la plena libertad de pactos para establecer el régimen económico de la relación de la pareja estable y de la compensación por disolución, así como su inscribibilidad en el Registro de Parejas de Hecho).

Así, del artículo 4.1. de la referida Ley 2/2003, de 7 de mayo, resulta que el Registro de Parejas de Hecho es un Registro administrativo. Diferencia importante y esencial respecto de la naturaleza del Registro de la Propiedad que, conforme los artículos 1 y 18 de la Ley Hipotecaria, el carácter de registro jurídico. Lo mismo ocurre con el Registro Civil, y de la Exposición de Motivos de la Ley 20/2011, de 21 de julio, se deduce de forma clara el carácter jurídico de este Registro. Esta circunstancia hace que los documentos y títulos que contienen los actos y negocios que resulten inscritos en estos Registros hagan publicidad en perjuicio de terceros de los derechos que resulten de los mismos. A diferencia de éstos, el Registro de Parejas de Hecho es un Registro administrativo y por tanto su contenido no perjudica a tercero.

Según los razonamientos precedentes, este Centro Directivo (en un caso en que se planteaba si podía inscribirse una compra de vivienda en favor de los integrantes de una pareja de hecho con carácter privativo y por mitades indivisas por mero acuerdo de aquéllos, habida cuenta de que tal pareja, con ocasión de su inscripción en el Registro de Parejas de Hecho del Gobierno Vasco, acordó expresamente someterse al régimen econó-

mico-matrimonial de sociedad de gananciales previsto por el Código Civil) concluyó en la citada Resolución de 11 de junio de 2018 que el régimen de la sociedad de gananciales no resulta de aplicación a los efectos de la publicidad «erga omnes» consustancial al Registro de la Propiedad, a pesar de haber sido pactado expresamente, sin que pueda admitirse lo que ha sido calificado por algún sector doctrinal y jurisprudencial como «matrimonio parcial», limitado únicamente a los efectos económicos; si bien ello no obsta para que, en aras a la voluntad expresamente declarada de los convivientes de hacer comunes los bienes adquiridos durante la convivencia, puedan éstos inscribirse a nombre de aquéllos, pero deberá realizarse por medio de figuras como la de la sociedad particular, universal o la comunidad de bienes.

A estas consideraciones debe añadirse que el régimen de gananciales no sólo afecta a los derechos y obligaciones de los cónyuges entre sí, sino que se proyecta a las relaciones con terceros y en el tráfico jurídico, por lo que requiere dotar a dicho régimen de la suficiente publicidad mediante el correspondiente registro jurídico (cfr. artículo 149.1. 8.ª de la Constitución Española).

3. EL FALLECIDO NOMBRA HEREDERO A GREEN PEACE CON LA OBLIGACIÓN DE CUIDAR DE SU PERRO Y CONSEGUIRLE UN HOGAR EN EL QUE LE TRATEN BIEN. ¿CONSIDERAMOS ESTA OBLIGACIÓN COMO UNA CARGA, O UN MODO?

Si el incumplimiento de la obligación no determina la obligación de restitución y eficacia de nombramiento de otro heredero, o si su cumplimiento no se asegura especialmente con garantía real, es puramente personal y no implica carga o modo que afecte al derecho hereditario sino, en su caso, exigibilidad de responsabilidad.

4. SE PRESENTA UNA SENTENCIA QUE DECLARA LA EXISTENCIA DE UNA SERVIDUMBRE DE PASO QUE GRAVA LA FINCA REGISTRAL N° XXXX A FAVOR DE LAS “ FINCAS DE LAS ACTORAS” (SIN QUE SE IDENTIFIQUEN ESTAS FINCAS REGISTRALES). ADEMÁS, EN EL MOMENTO DE LA PRESENTACIÓN EN EL REGISTRO, LA FINCA N ° XXX, QUE QUEDARÍA GRAVADA CON LA SERVIDUMBRE, HA DESAPARECIDO POR HABERSE AGRUPADO CON OTRAS FINCAS POR LO QUE LOS TITULARES YA NO COINCIDEN PUESTO QUE LA NUEVA FINCA HA INCORPORADO A OTRO TITULAR (PROPIETARIO DE OTRA DE LAS FINCAS AGRUPADAS) QUE NO ESTABA DEMANDADO EN EL PLEITO

Se trata de un supuesto de falta de tracto sucesivo y legitimación, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, que impide inscribir en virtud de sentencia que no se haya dictado contra todos los titulares registrales.

Asimismo, no se identifican todos los elementos necesarios para la constitución de servidumbre, incumpliendo el principio de especialidad que resulta de los artículos 2 de la LH y 59 de su Reglamento, que indican la necesidad de determinación de la extensión y contenido de los derechos inscritos, al no identificarse las fincas que conformarán predio dominante. Asimismo, tampoco existe esa identidad con la finca gravada, habiendo dejado de existir como objeto de derecho independiente la declarada como predio sirviente. En su caso, podría determinarse la porción de finca afectada si sólo fuera parte pero, en todo caso, en procedimiento dirigido frente a todos los titulares registrales vigentes.

5. FIGURA INSCRITO UN BIEN PLENO DOMINIO POR TÍTULO DE HERENCIA, A FAVOR DE UNA HEREDERA ÚNICA. AÑO 2021

En el testamento del causante, soltero y sin herederos forzosos, nombró heredera a solo una persona física. A la vez nombró un albacea, para que dicha finca, en un plazo de 5 años, se vendiera y con el 70% del precio de venta, se constituyera un fondo de pensiones a favor de la citada heredera, del que no podría disponer hasta que cumpliera la edad de 65 años. Con el 30% restante, se abriría una cuenta corriente bancaria, para que se atendiera a sus gastos corrientes. Al mismo tiempo se nombraron administradores de dicho fondo y cuenta al mismo albacea, en primer lugar, y sucesivamente a dos personas más. Ahora, tras la renuncia, antes de la escritura de aceptación de la herencia inscrita, del único albacea, la heredera, por sí sola, dona a sus hijos la citada finca, que aceptan.

¿Hay que entender, que dado que el único autorizado para la venta de la finca es el albacea, que ha renunciado, las disposiciones del causante dejan de ser efectivas, y la heredera puede disponer libremente del bien heredado?, ¿Esto es lo que opina el Notario autorizante de las escrituras de herencia y donación?

¿En defecto del albacea, hay alguien que pueda suplirle en la transmisión del bien heredado para cumplir las disposiciones del causante?

Artículo 910 Código Civil

Termina el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia o remoción del albacea, y por el lapso del término señalado por el testador, por la ley y, en su caso, por los interesados. La remoción deberá ser apreciada por el Juez.

Artículo 911

En los casos del artículo anterior, y en el de no haber el albacea aceptado el cargo, corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador.

Artículo 888

Cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer.

Artículo 890

El legatario de dos legados, de los que uno fuere oneroso, no podrá renunciar éste y aceptar el otro. Si los dos son onerosos o gratuitos, es libre para aceptarlos todos o repudiar el que quiera.

El heredero que sea al mismo tiempo legatario podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla.

En testamento el causante nombra un albacea, instituye una única heredera y, además, ordena una manda en favor de esta última consistente en que el importe resultante de la venta de una vivienda se destine a la constitución de un fondo de pensiones y la apertura de una cuenta corriente que estarán administradas por sujetos determinados.

Se produce la renuncia del albacea y el bien se inscribe a favor de la heredera.

La duda se circunscribe a si la heredera está obligada a dar a la vivienda el destino previsto en su propio favor por el testador, aún cuando ésta es distinta de su voluntad.

Podría plantearse si se trata de legado nulo en cuanto al plan de pensiones pues su carácter personalísimo podría llevar a la conclusión de que no

puede constituirse sin la voluntad expresa del beneficiario. Sin embargo, resulta más práctico y más obviamente ajustado a derecho considerar que, en todo caso, es una disposición especial sobre bien o cantidad concreta, establecida en beneficio de un sujeto en quien concurre la condición de heredero único.

Producida la renuncia del albacea, corresponde al heredero la ejecución de la voluntad, por lo que la propia heredera única está legalmente obligada al cumplimiento de la disposición en tanto no acredite la nulidad o ineficacia de la misma, única forma de admitir la inscripción de actos contrarios a la disposición testamentaria ordenada.

En este supuesto, entendida la disposición como manda o legado a favor de persona instituida heredera, podrá renunciar el legado, en cuyo caso éste se refundirá en la masa de la herencia, al no concurrir supuestos de sustitución ni derecho de acrecer.

Así, aceptado el llamamiento como heredera sí podrá adquirir el bien libre de la cláusula testamentaria y, en consecuencia, disponer de la finca por título de donación otorgado.

6. EN UNA REPARCELACIÓN EN LA QUE SE INCLUYE SÓLO PARTE DEL SOLAR NO EDIFICADO DE UNA FINCA EN LA QUE EXISTE UN EDIFICIO EN DIVISIÓN HORIZONTAL, ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DE LOS ACREEDORES HIPOTECARIOS EXISTENTES SOBRE LOS DISTINTOS ELEMENTOS PARA QUE LA PORCIÓN DE SOLAR SE TRANSMITA LIBRE DE CARGAS. ¿ES POSIBLE HACER CONSTAR ESE CONSENTIMIENTO Y LIBERACIÓN EN CADA ELEMENTO POR ASIENTO ANTERIOR E INDEPENDIENTE A LA REPARCELACIÓN, DE MODO QUE YA NO SEA NECESARIO QUE INTERVENGAN EN EL ACTO URBANÍSTICO?

Dado que de acuerdo con el tenor del RD 1093/1997 es necesario que se haga constar en el título inscribible la relación de cargas existentes sobre las fincas o partes de fincas incluidas en la unidad de actuación, así como la relación de cargas trasladadas a cada una de las fincas de resultado y las que han de ser objeto de cancelación, y es requisito indispensable para la eficacia del acto reparcelatorio la notificación a los titulares de cargas que hayan de subsistir y la intervención de los de las cargas que deban ser objeto de cancelación o modificación, en un supuesto en el que se aporta sólo parte no edificada de solar en que existe un edificio en régimen de división horizontal, las cargas de toda índole que existen sobre los elementos afectan, en proporción a la cuota respectiva, a la porción incluida en la reparcelación.

Así, para que la porción pueda incorporarse libre de cargas será necesario que medie la intervención expresa de los titulares de las mismas.

Tratándose de hipotecas inscritas sobre los distintos elementos, el tratamiento que ha de darse es el mismo que a los supuestos de desvinculación de la vivienda del portero, quedando esta última libre de cargas exis-

tentes sobre los restantes elementos privativos, por lo que no constando el consentimiento de los acreedores hipotecarios en el acto administrativo, podrá paliarse el defecto con la presentación de instancia privada con firma legitimada notarialmente y juicio de suficiencia de las facultades representativas, como se admite en el supuesto indicado, entendido como forma de distribución de responsabilidad hipotecaria.

Dicha documentación puede aportarse junto con la certificación administrativa presentada para la inscripción de la reparcelación, si bien también podrá hacerse constar en el Registro mediante la presentación de las correspondientes instancias privadas en las que se haga constar que la entidad acreedora, debidamente representada, consienta en que la porción de solar de la finca matriz de la que forma parte el elemento hipotecado quede incorporado sin la carga hipotecaria al procedimiento de reparcelación que ha de identificarse concretamente.

Al haber sido prestado ya el consentimiento del titular dominical en el acto administrativo para la incorporación de su parte indivisa de la porción aportada como libre de cargas, y al no alterarse los restantes pactos de la hipoteca, podrá hacerse constar de forma conjunta o independiente en el Registro, de modo que en este último caso, incorporado ya el consentimiento del acreedor hipotecario, no será necesaria la intervención del mismo en la reparcelación para la eficacia e inscripción de la misma.

7. SE INCORPORA A UN PACTO SUCESORIO CON EFICACIA DE PRESENTE LA SIGUIENTE CLÁUSULA

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco y el artículo 3 del Decreto Foral 42/2012, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, las

instituciones singulares con eficacia de presente quedan sujetas a la condición resolutoria de su consideración fiscal como acto mortis causa, de manera que si fuera calificado por la administración tributaria competente como negocio jurídico a título gratuito e Inter vivos, quedarán resueltas y sin efecto alguno de forma automática y sin necesidad de requerimiento ni notificación alguna entre las partes, retro trayéndose con plenos efectos retroactivos a la situación anterior a la transmisión. En tal caso, tendrá la consideración de institución singular con eficacia post mortem”.

Artículo 103 Ley de Derecho Civil Vasco. Pacto de designación de sucesor

El pacto de designación de sucesor puede contener la disposición de la herencia, tanto a título universal como particular, así como la renuncia a la misma; en ambos supuestos, los otorgantes pueden fijar las reservas, sustituciones, cargas, obligaciones y condiciones a que haya de sujetarse.

Artículo 3 Decreto Foral 42/2012 de Guipúzcoa. Concurrencia de condiciones. Texto vigente 5 Cuando el acto o contrato que sea causa de un incremento patrimonial sujeto al Impuesto esté sometido al cumplimiento de una condición, su calificación se realizará con arreglo a las prescripciones de la legislación civil. Si se calificare como suspensiva no se satisfará el Impuesto hasta que la condición se cumpla, pudiendo procederse a la inscripción de los bienes en los Registros públicos, siempre que se haga constar al margen del asiento practicado el aplazamiento de la liquidación. Si se calificare como resolutoria se exigirá el Impuesto, sin perjuicio de la devolución que proceda en el caso de cumplirse la condición.

Artículo 790 CC

Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.

Artículo 791 CC

Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales.

Artículo 799 CC

La condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento.

Artículo 801 CC

Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse.

Artículo 803 CC

Si el heredero condicional no tuviere coherederos, o teniéndolos no existiese entre ellos derecho de acrecer, entrará aquél en la administración, dando fianza.

Si no la diere, se conferirá la administración al heredero presunto, también bajo fianza; y, si ni uno ni otro afianzaren, los Tribunales nombrarán tercera persona, que se hará cargo de ella, también bajo fianza, la cual se prestará con intervención del heredero.

Artículo 1113 CC

Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren.

También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución.

Artículo 1115 CC

Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código.

Artículo 1118 CC

La condición de que no acontezca algún suceso en tiempo determinado hace eficaz la obligación desde que pasó el tiempo señalado o sea ya evidente que el acontecimiento no puede ocurrir.

Si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá reputarse cumplida en el que verosímilmente se hubiese querido señalar, atendida la naturaleza de la obligación.

Artículo 108 LDCV. Revocación del pacto sucesorio

Los instituyentes pueden revocar la designación:

1. Por las causas pactadas.
2. Por incumplimiento grave de las cargas o condiciones establecidas.
3. Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o deshonoración.
4. Por conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar.
5. En los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio de los instituidos, o extinción de la pareja de hecho, cuando el pacto sucesorio se haya otorgado en atención a ese matrimonio o pareja de hecho. Se exceptúa, en el caso de la pareja de hecho, que su extinción haya ocurrido por contraer matrimonio entre los mismos miembros de la pareja.

Artículo 109LDCV. Resolución del pacto sucesorio

Se resolverá la designación sucesoria:

1. Por cumplimiento de la condición resolutoria a la que estaba sujeta.

2. Por fallecimiento del instituido sin dejar descendientes o, aun dejándolos, no operase la transmisión prevista en el artículo 106.
3. Por acuerdo entre los otorgantes formalizado en escritura pública.

Artículo 77

1. En la inscripción de bienes adquiridos o que hayan de adquirirse en el futuro en virtud de contrato sucesorio se consignarán, además de la denominación que en su caso tenga la institución en la respectiva legislación que la regule o admita, las estipulaciones pertinentes de la escritura pública la fecha del matrimonio, si se tratase de capitulaciones matrimoniales y, en su caso la fecha del fallecimiento de la persona o personas que motiven la transmisión. El contenido de la certificación del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, cuando fuere necesaria su presentación, y las particularidades de la escritura, testamento o resolución judicial en que aparezca la designación del heredero.
2. Si se tratase de adquisiciones bajo supuesto de futuro matrimonio y éste no se hubiese contraído, se suspenderá la inscripción y podrá tomarse anotación preventiva de suspensión, que se convertirá en inscripción cuando se acredite la celebración de aquél, o, si fuese aplicable el artículo 1.334 del Código civil, se estará a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 75.
3. Cuando, por implicar el contrato sucesorio, heredamiento o institución de que se trate, la transmisión de presente de bienes inmuebles, se hubiera practicado la inscripción de estos antes del fallecimiento del causante o instituyente, se hará constar en su día tal fallecimiento por medio de nota al margen de la inscripción practicada, si bien habrá de extenderse el correspondiente asiento principal para la cancelación de las facultades o derechos reservados por el fallecido, en su caso.

De los artículos anteriores resulta:

1. Que es posible el pacto sucesorio, sea con eficacia de presente o post mortem, sujeto a condición, tanto suspensiva como resolutoria.

2. Que el tratamiento que se da a las disposiciones sucesorias con eficacia de presente o post mortem son claramente diferentes, tanto en cuanto a la fecha de efectividad de la transmisión, como a las facultades atribuidas al instituido y al instituyente.
3. Que el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 51 de su Reglamento exige la determinación del alcance y contenido del derecho inscrito, por lo que el tipo de pacto sucesorio, las condiciones a que queda sujetas, deben quedar suficientemente definidas como para conocer indubitadamente la situación jurídica generada como consecuencia de los mismos.
4. Que, no existiendo plazo para el cumplimiento de la condición, ha de interpretarse el que razonablemente haya querido emplearse que, en este caso, sería como máximo el establecido legalmente para los procedimientos tributarios.
5. Que, en tanto el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones determina la eficacia del pacto, ha de quedar acreditado el mismo para su constancia registral.

Así, vista la regulación y las conclusiones extraídas de la misma, es posible el pacto sucesorio sujeto a condición suspensiva, así como el sujeto a condición resolutoria. Sin embargo, el texto presentado implica una indeterminación e incongruencia sobre el tipo de pacto existente, así como sobre la condición aplicable a los mismos, sin estar siquiera ciertos sobre la titularidad condicionada o no, eficaz o no, cuya inscripción se solicita. Ello sin olvidar que de incorporarse este pacto se plantea el problema esencial de cómo acreditar, quedando en el Registro una situación latente e indeterminada.

Por ello, la opción para la inscripción es presentar el título junto con la declaración emitida por la autoridad tributaria de la que resulte la conformidad expresa con la liquidación presentada por el concepto de pacto con eficacia de presente o, en su caso, la resolución firme de la que resulte su calificación fiscal como donación, de modo que junto a la escritura que contiene la indeterminación, se acompañe ya la documentación que permita conocer indubitadamente el tipo de pacto sucesorio y la titularidad eficaz.

Asimismo, puede solicitarse, basándose en el principio de especialidad y determinación de los artículos 9 LH, 51 RH e incluso el 77 del Reglamento Hipotecario para practicar el asiento, por resultar en sí mismas contradictorias.

8. ¿ CUÁNDO ES POSIBLE LA TRANSMISIÓN DE CUOTAS INDIVISAS DE LOCAL DESTINADO A GARAJE Y CUÁNDO ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DE LOS DEMÁS TITULARES DE CUOTAS INDIVISAS PARA LA CONCRECIÓN DE LA PLAZA DE GARAJE CONCRETA A CUYO USO DA DERECHO LA TITULARIDAD DE DICHA PARTICIPACIÓN?

Artículo 54 RH

Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente.

Artículo 68 RH

La inscripción de la transmisión de una cuota indivisa de finca destinada a garaje o estacionamiento de vehículos, podrá practicarse en folio independiente que se abrirá con el número de la finca matriz y el correlativo de cada cuota.

La apertura de folio se hará constar por nota al margen de la inscripción de la finca matriz.

Artículo 53 RD 1093/1997. Requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal

Para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas:

- a) No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión.
- b) Cuando el objeto de la transmisión sea una participación indivisa de finca destinada a garajes, que suponga el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada, deberá incluirse en el título la descripción pormenorizada de la misma, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes.

En los supuestos en que existe un local destinado a garaje cuyas plazas con constituyen elementos independientes, sino que hay un único elemento, el local, en el que existen una pluralidad de espacios de aparcamiento, la Dirección General reconoce la legalidad de la transmisión de parte indivisa y, por tanto, la inscripción a favor del adquirente de la misma, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, es decir, determinación de la cuota. En tal caso, podrá hacerse constar en el folio del local destinado a garajes o abrirse folio independiente a cada cuota según el artículo 68 RH,

en atención a la operativa registral, pero sin que ello implique atribución de plazas concretas, como tampoco constitución de una comunidad o subcomunidad en régimen de propiedad horizontal en tanto no se constituya expresamente como tal, y sin que en ningún caso sea una obligación legal, quedando los titulares sometidos al régimen general de comunidad en que se encuentre inserto el local de garajes, y en proporción a su cuota respectiva dentro del local.

Sobre la duda de cuándo es posible inscribir con atribución de espacio concreto, de plaza determinada, a través de las sucesivas resoluciones en aplicación de las normas vigentes anteriormente transcritas, sólo cuando se atribuya el uso de una plaza concreta se exigirá la descripción pormenorizada de la misma en los términos del RD 1093/1997 y, por tanto, podrá incluirse en el título y la inscripción la misma.

Para la atribución de ese uso exclusivo de plaza concreta sin constitución de elementos independientes para cada una de ellas, existen distintas posibilidades:

1. Que la atribución de plaza concreta a cada cuota se realice por el propietario único al tiempo de la primera enajenación de cada una de ellas.
2. Habiendo sido ya transmitidas todas las cuotas, sin indicación de plaza concreta, será necesario el acuerdo unánime de todos ellos para la atribución de las mismas y redacción de su descripción para tener por cumplido el principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y siempre que el número de plazas no resulte distinto del establecido en el título constitutivo de la propiedad horizontal en que se encuentra integrado pues de lo contrario sería necesario no sólo el cumpli-

miento de los requisitos administrativos sino también el acuerdo de la comunidad de propietarios adoptado con arreglo al artículo 17 de la LPH para la modificación del título constitutivo.

9. ¿HAN DE PRACTICARSE EN REGISTROS SITUADOS FUERA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VASCA LA AFECCIÓN FISCAL POR COMISARIO FORAL PREVISTA EN LAS NORMAS FORALES DE CADA TERRITORIO HISTÓRICO, SIEMPRE Y CUANDO LA SUCESIÓN ESTÉ REGIDA POR LAS NORMAS FISCALES DE ESE TERRITORIO HISTÓRICO?

La afección fiscal ha de practicarse siempre que se trate de herencia de persona que a su fallecimiento tuviera su residencia habitual en territorio histórico vasco cuando se transmitan bienes o derechos en ejercicio total o parcial con carácter irrevocable del poder testatorio o de la extinción del mismo, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren los bienes y derechos, por lo que será aplicable a todos los Registros de la Propiedad.

NORMA FORAL 7/2002, de 15 de octubre, de adaptación del Sistema Tributario del Territorio Histórico de Bizkaia a las peculiaridades del Derecho Civil Foral del País Vasco

TITULO II

DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LAS HERENCIAS QUE SE HALLEN PENDIENTES DEL EJERCICIO DE UN PODER TESTATORIO

Artículo 9. Normas generales. 1. El presente Título regula el régimen especial de tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre el Patrimonio de las herencias que se hallen pendientes del ejercicio de un poder testatorio.

2. La exacción de ambos Impuestos, aplicando los preceptos contenidos en el presente Título, corresponderá a la Diputación Foral de Bizkaia **cuando el causante de la herencia tuviera su residencia habitual en Bizkaia en el momento del fallecimiento.**

Artículo 12. Disposiciones comunes

1. El cumplimiento de las obligaciones formales y materiales de la herencia que se halle pendiente del ejercicio de un poder testatorio a que se refieren los dos artículos anteriores corresponderá al administrador de la misma.
2. Asimismo, será subsidiariamente responsable del pago de ambos Impuestos el administrador de la herencia que se halle pendiente del ejercicio de un poder testatorio.
3. Los bienes y derechos que formen parte de la herencia que se halle pendiente del ejercicio de un poder testatorio quedarán afectos al pago de ambos Impuestos cualquiera que sea el poseedor de los mismos, salvo que aquél resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de los bienes con buena fe y justo título en establecimiento mercantil o industrial cuando se trate de bienes muebles no inscribibles. **A estos efectos, en la transmisión de bienes y derechos a que se refiere el apartado anterior que sea consecuencia del ejercicio total o parcial con carácter irrevocable del poder testatorio o de la extinción del mismo,** los Notarios o fedatarios públicos intervinientes harán constar en los documentos que autoricen la advertencia de que los citados bienes **quedan afectos al pago de las cuotas de los Impuestos a que hace referencia el presente Título,** devengadas con anterioridad a la transmisión, durante el período de prescripción de los mismos. Asimismo, los Registradores de la Propiedad o Mercantiles harán constar por nota marginal la afección de los bienes al pago de las cuotas de los Impuestos a que hace referencia el presente Título, devengadas con anterioridad a su transmisión, durante el período de prescripción de los mismos.

NORMA FORAL 33/2013, DE 27 DE NOVIEMBRE DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS de ÁLAVA

Disposición Adicional Trigésima.

Régimen tributario de las herencias que se hallen pendientes del ejercicio de un poder testatorio o del ejercicio de un usufructo poderoso.

Tercero. Disposiciones comunes para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre el Patrimonio. 1. El cumplimiento de las obligaciones formales y materiales de la herencia que se halle pendiente del ejercicio de un poder testatorio o del ejercicio de un usufructo poderoso corresponderá al administrador de la misma o al usufructuario poderoso, respectivamente. 2. Será subsidiariamente responsable del pago del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio, el administrador de la herencia que se halle pendiente del ejercicio de un poder testatorio y el usufructuario poderoso de la herencia que se halle pendiente del ejercicio del usufructo poderoso. 3. Los bienes y derechos que formen parte de la herencia que se halle pendiente del ejercicio de un poder testatorio o del ejercicio de un usufructo poderoso quedarán afectos al pago del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, del Impuesto sobre el Patrimonio, cualquiera que sea el poseedor de los mismos, salvo que éste resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de los bienes y derechos con buen fe y justo título en establecimiento mercantil o industrial cuando se trate de bienes muebles no inscribibles. A estos efectos, en la transmisión de bienes y derechos a que se refiere el párrafo anterior que sea consecuencia del ejercicio total o parcial con carácter irrevocable del poder testatorio o del usufructo poderoso o de la extinción de los mismos, los Notarios o fedatarios públicos intervinientes harán constar en los documentos que autoricen la advertencia de que los citados bienes y derechos quedan afectos al pago de las cuotas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el 167 Patrimonio, devengadas con anterioridad a la transmisión, durante el período de prescripción de los mismos. Asimismo, los Registradores de la Propiedad o Mercantiles harán constar por nota marginal la afectación de los bienes y derechos al pago

de las cuotas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio, devengadas con anterioridad a su transmisión, durante el período de prescripción de los mismos.

NORMA FORAL 4/2016, de 14 de noviembre, de adaptación del sistema tributario del Territorio Histórico de Gipuzkoa a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

Artículo 14

3. Los bienes y derechos que formen parte de la herencia que se halle pendiente del ejercicio de un poder testatorio quedarán afectos al pago de los impuestos citados en el apartado anterior, cualquiera que sea la persona o entidad poseedora de los mismos, salvo que esta resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de los bienes y derechos con buena fe y justo título en establecimiento mercantil o industrial, cuando se trate de bienes muebles no inscribibles. A estos efectos, en la transmisión de bienes y derechos a que se refiere el párrafo anterior que sea consecuencia del ejercicio total o parcial con carácter irrevocable del poder testatorio o de la extinción del mismo, las notarias o los notarios intervinientes harán constar en los documentos que autoricen la advertencia de que los citados bienes y derechos quedan afectos al pago de las cuotas de los impuestos a que hace referencia el presente título, devengadas con anterioridad a la transmisión, en tanto no hayan prescrito. Asimismo, las registradoras o los registradores de la propiedad o mercantiles harán constar por nota marginal la afección de los bienes y derechos al pago de las cuotas de los citados impuestos, devengadas con anterioridad a su transmisión, en tanto no hayan prescrito.

10. CONSTANDO POR NOTA AL MARGEN DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA LA EXCLUSIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PRESENTACIÓN DEL SEGURO DECENAL POR TRATARSE DE SUPUESTO DE AUTOPROMOTOR INDIVIDUAL DE VIVIENDA UNIFAMILIAR PARA USO PROPIO, CON INDICACIÓN DE PROHIBICIÓN DE ENAJENACIÓN EN EL PLAZO DE 10 AÑOS SIN CONTRATARLO U OBTENER DISPENSA POR EL ADQUIRENTE, ¿CUÁLES SON LAS CAUSAS O DOCUMENTOS NECESARIOS PARA PROCEDER A SU CANCELACIÓN?

En relación con estos artículos surge una primera duda, cual es la de la posibilidad de inscribir, una vez transcurrido el plazo de 10 años desde el fin de obra, actos de transmisión de vivienda incluida en la excepción a la obligación de contratación del seguro decenal llevados a cabo antes del transcurso de dicho plazo.

La normativa establece una obligación general de contratación de seguro para cubrir las responsabilidades por daños causados durante los diez primeros años desde la entrega de la obra, en los términos establecidos en el artículo 17 de la LOE, estableciéndose que no podrá otorgarse escritura ni inscribirse sin acreditar la contratación de dicha garantía, excepción hecha de los supuestos incluidos en la Disposición Adicional Segunda.

Sin embargo, otorgada la escritura antes del transcurso de los 10 años y presentada a inscripción expirado dicho plazo, no parece existir obstáculo para su inscripción, pues la norma no sanciona con la nulidad de la adquisición la falta de dicha contratación, y la nulidad del título por tal defecto no puede ser apreciada por el Registrador, sino por los tribunales. Sin perjuicio de que se mantenga para el adquirente damnificado tanto la acción personal para reclamación de las responsabilidades previstas legalmente e imputables al transmitente por los daños ocurridos durante los diez primeros años de la construcción, el ejercicio de tal acción carece

de trascendencia registral o real por no suponer afección real de la finca ni configurar la finca como garantía de su satisfacción. Así, por ello y por el hecho de que si no se hubiera contratado, en ningún caso se obtendría un seguro después de esos diez años para garantizar las responsabilidades derivadas de sucesos pasados, puede considerarse posible la práctica de la inscripción de la transmisión de vivienda de autopromotor sin seguro decenal ni dispensa de dicha obligación por parte de adquirente.

En segundo lugar, hecha constar por nota marginal de la declaración de obra en la que resulta tratarse de autopromotor individual, surge la duda de cómo o cuándo proceder a su cancelación.

Es preciso comenzar señalando que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de octubre de 2018, entre otras, señala que « si bien la Ley no determina la constancia registral de dichas limitaciones, cabe considerar que estas se harán constar por nota marginal... dicha nota marginal expresa la modificación de un derecho inscrito; por lo que es el asiento más adecuado para que toda la limitación a la facultad dispositiva figure en él». La citada Resolución considera que la nota marginal debe minutarse según el número 3.1 del Arancel. En el mismo sentido se ha manifestado el Colegio de Registradores.

Constando la nota, su eficacia como limitación se restringe al período previsto legalmente, por lo que transcurrido éste, que afecta al otorgamiento o a la inscripción dentro de dicho lapso temporal, queda sin contenido jurídico.

Su cancelación, por tanto, podrá producirse al tiempo de la inscripción de cualquier título posterior o expedición de certificación, en aplicación del artículo 353 del Reglamento Hipotecario, dado que la cancelación en ningún caso compromete la eficacia de las acciones personales por los daños causados durante esos 10 años ni la finca quedaba afectada a la satisfacción de dichas responsabilidades.

Artículo 20 Ley de Ordenación de la Edificación. Requisitos para la escrituración e inscripción.

No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19.

Disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación. Obligatoriedad de las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción.

Uno. La garantía contra daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.

No obstante, esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión “inter vivos” dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión “inter vivos” sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma,

Tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.

Dos. Mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir las garantías previstas en los apartados 1.a) y 1.b) del citado artículo 19, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. Asimismo, mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir cualquiera de las garantías previstas en el artículo 19, para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda.

11. ALTERACIÓN DE FINCAS DE PROPIEDAD PARTICULAR EN TRÁMITES ADMINISTRATIVOS DE DESLINDE DE MONTES

En relación a ello se plantean dos cuestiones:

- a. ¿Quiere esto decir que se puede llevar a cabo un traslado de la finca particular en virtud del documento administrativo de deslinde de monte público?

Sí, siempre que haya avenencia o conciliación con el titular de la misma, pudiendo considerarse que la voluntad del legislador en este texto es la misma que la existente en el ámbito de la concentración parcelaria o las actuaciones urbanísticas, aplicado a la propiedad especial que son los montes. En este sentido, el objetivo de estos procedimientos no es otro que la racionalización y mejor aprovechamiento de la propiedad inmobiliaria y, en concreto del suelo, lo que justifica la existencia de procedimientos administrativos o supervisados por la Administración, en lo que de forma simplificada se reordena el territorio, lo que permite un adecuado desarrollo social, económico y cumple con la función social y estatuto propio de la titularidad dominical del suelo prevista en la legislación estatal del suelo y en todas las autonómicas.

- b. En caso afirmativo, ¿puede entenderse igualmente aplicable a terrenos situados en el límite del monte público y, por tanto, no enclavados en sentido estricto? Al ser norma excepcional que permite trámites simplificados y documentación administrativa aún con intervención de particulares, será aplicable al exacto supuesto de hecho contemplado en ella, cual es la de la existencia de en-

clavados en un monte, sin que sea extensible a las fincas que, estando fuera del mismo, sean colindantes o puedan separarse de él fácilmente por no estar enclavados.

Ello no obstante, si está debidamente justificado y según las circunstancias del caso concreto, que en caso de que la finca de particular existente dentro del monte, aunque en su límite, colindante con otra que no sea monte pero perteneciente al mismo ente público, aunque no está enclavada en el monte si lo está en la titularidad pública, por lo que para permitir la accesibilidad o aprovechamiento de la misma desde vía pública o adecuada, podría valorarse. Lo esencial es distinguir, a la vista de la situación concreta de la finca que no está propiamente enclavada, si puede entenderse en el ámbito del supuesto o si se trata de un acto que exigiría segregación de parte de monte público, permuta de finca segregada y finca situada en el límite y posterior agregación de la finca antes particular a la finca pública de monte, con sus consiguientes titulaciones públicas, obligaciones tributarias y operaciones registrales.

Establece el artículo 110 del Reglamento de Montes lo siguiente:

Art. 110

1. El Ingeniero encargado del deslinde procurará solventar por avenencia y conciliación de las partes interesadas las diferencias que puedan ser motivo de reclamación posterior, siempre que: se mejoren los límites del monte; sean con ventaja para éste y no se introduzcan modificaciones en la titulación de las fincas afectadas, si bien puede reservarse la aprobación de la conciliación cuando el asunto revista especial importancia a las autoridades encargadas de resolver el deslinde. Si el Ingeniero no consiguiese la avenencia, admitirá las protestas que se hagan,

expresando en todo caso su propio criterio sobre el asunto y la opinión de la Entidad titular del monte.

2. Con estas mismas condiciones podrán concentrarse en una o varias parcelas diversos enclavados en un monte.

12. EN UNA COMPRAVENTA CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO SE ESTABLECE UNA CLÁUSULA QUE ESTABLECE QUE “LA RESERVA DE DOMINIO PACTADA CADUCARÁ DE PLENO DERECHO, ASÍ COMO LA INSCRIPCIÓN DE LA MISMA, TRANSCURRIDO UN AÑO DESDE QUE VENZA LA OBLIGACIÓN DE PAGO DEL ÚLTIMO PLAZO DEL PRECIO, SI DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD NO RESULTA QUE ANTES DEL TRANSCURSO DEL MENCIONADO AÑO HA SIDO RENOVADA LA RESERVA DE DOMINIO O EJERCITADAS CUALQUIERA DE LAS ACCIONES O DERECHOS QUE CORRESPONDAN AL VENDEDOR A CONSECUENCIA DEL PRESENTE CONTRATO. PARA LA CONSTANCIA REGISTRAL DE DICHA CADUCIDAD BASTARÁ LA SOLICITUD DIRIGIDA POR EL COMPRADOR AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, ACOMPAÑADA DE LA PRESENTE ESCRITURA, PARA LO QUE LA PARTE VENDEDORA PRESTA AHORA DE MANERA EXPRESA SU CONSENTIMIENTO”

A pesar de que la resolución de 28 de noviembre de 2017 señala que el pacto de reserva de dominio no es estrictamente una condición suspensiva, sí que ha de hacerse constar el traspaso del dominio en virtud del pago aplazado. Y ello necesariamente se hará constar mediante la oportuna nota marginal, no mediante una cancelación de la reserva de dominio. Ahora bien ¿Para tal constancia es apto el pacto reseñado?

Son dos las fases de vigencia de este pacto, con esta redacción, las que hay que considerar:

- a. El momento de constitución e inscripción, en el que será aplicable el principio de autonomía privada de la voluntad, por lo que puede admitirse el pacto de venta con reserva de dominio a favor del transmitente en tanto no se satisfaga la totalidad del precio aplazado convenido, sin que sea posible obligar a la constitución de una condición resolutoria explícita. Asimismo, podrá pactarse la duración de dicha reserva de dominio, como también la forma de acreditar su extinción o caducidad. Sin embargo, en ningún caso podrá señalarse el plazo de caducidad del asiento, el cual viene determinado por la ley, sin perjuicio de que pueda procederse a su cancelación una vez justificada la extinción de la situación jurídica contemplada en el mismo.
- b. Su cancelación, la cual ha de analizarse para asesorar en cuanto al contenido del pacto a estos efectos.

En el texto presentado se prevé únicamente la cancelación de la reserva de dominio, realizada unilateralmente por el adquirente transcurrido el período de tiempo señalado, consintiendo en ello el propio vendedor, y sin necesidad de acreditar el pago del precio. Su inscripción sería posible en tanto la existencia de precio aplazado no garantizado no impide la inscripción de la titularidad, sin perjuicio de la posibilidad del transmitente de reclamar el pago de la deuda.

No se prevé, sin embargo, el supuesto de aplicación del pacto de reserva de dominio dentro del plazo convenido por falta de pago del precio aplazado, de modo que quede ineficaz la transmisión y consolidado el dominio a favor del transmitente, con la correspondiente cancelación de los asientos practicados a favor de terceros.

En este sentido, si bien no se trata de condición resolutoria explícita prevista en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, sí podrá aplicarse el contenido del artículo 175.6 del mismo cuerpo legal, aplicable no sólo a los supuestos típicos contemplados en él, sino, en general, a todos los supuestos de titularidades condicionadas o con eficacia sujeta a determinados eventos, por lo que sería recomendable que en el propio pacto, al establecer la forma de cancelación, se prevea la acreditación del pago del precio aplazado o su consignación.

Artículo 23 LH

El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos, se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho, bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución o rescisión llega a verificarse.

El artículo 59 RH, en materia de condición resolutoria explícita es norma especial, por lo que no parece aplicable. Pero sí el 175.6, que exigirá la consignación del precio con las deducciones que procedan.

Artículo 175.6 RH

Sexta. Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto.

Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación.

13. CONSTA INSCRITA UNA PROPIEDAD HORIZONTAL (CONSISTENTE EN DOS ELEMENTOS) EN UN ÚNICO FOLIO POR NO HABERSE SOLICITADO LA “DIVISIÓN” DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN EL MOMENTO DE SU INSCRIPCIÓN

Ahora presentan una escritura en la que se hipoteca uno de los dos elementos de la propiedad horizontal, ¿entendemos que la presentación de esta escritura implica la solicitud implícita de la abertura de folio independiente para el elemento que se hipoteca, o tienen que solicitarlo expresamente?

Sí, la dinámica de apertura de folios independientes no viene impuesta legalmente sino que es técnica registral y puede hacerse al tiempo de inscribir el título constitutivo o posteriormente.

14. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 188 DE LA LEY 2/2006 DEL SUELO DEL PAÍS VASCO Y ARTÍCULO 42 DEL RD 1093/1997 QUE REGULA LA INSCRIPCIÓN DE LA OCUPACIÓN DIRECTA DE TERRENOS DESTINADOS A DOTACIONES PÚBLICAS, CUYO TEXTO SE TRANSCRIBE A CONTINUACIÓN:

Los preceptos que a continuación se reproducen son complementarios. La normativa vasca regula el procedimiento de desarrollo del plan urbanístico en cuanto es de su competencia, si bien en el caso de ejecutarse e inscribirse, ha de completarse con la necesaria inscripción del aprovechamiento según la norma estatal, pues de lo contrario supondría excluir titulares del registro y privarles de protección registral que obtuvieron en su momento.

Difiere, sin embargo, del supuesto de expropiación forzosa en la que el justiprecio consiste en aprovechamiento urbanístico. En este caso, al tratar-

se de un acto bilateral, con acta de ocupación y de fijación de justiprecio conforme suscrita por los expropiados, la inscripción de la finca se realizará a favor de la entidad expropiante que presenta el documento, haciéndose constar en la misma el justiprecio pactado, pero sin inscripción del aprovechamiento en folio independiente sino cuando lo solicite el expropiado, en virtud del mismo título, y ello porque en este procedimiento no existe norma especial como la de la ocupación analizada que así lo regule.

Artículo 188. Ocupación directa de terrenos destinados a dotaciones públicas.

1. *Los terrenos destinados a dotaciones públicas de la red de sistemas generales y locales incluidos o adscritos a actuaciones integradas podrán obtenerse anticipadamente mediante su ocupación directa.*

En este supuesto, se reconocerá a su titular el derecho a la edificabilidad urbanística correspondiente a los terrenos objeto de ocupación con cargo al futuro desarrollo de la unidad de ejecución sin necesidad de mediar previo acuerdo con el titular.

2. *La ocupación directa requerirá la determinación previa de la edificabilidad urbanística que corresponda al titular afectado.*

3. El procedimiento de ocupación directa deberá respetar las siguientes reglas:

- a) Será preceptiva la publicación de la relación de terrenos y propietarios afectados, con indicación individual de las edificabilidades urbanísticas correspondientes a éstos, además de la notificación personal a los propietarios, con un mes de antelación, de la ocupación prevista y las demás circunstancias relevantes que en ella concurren.

- b) En el momento de la ocupación deberá levantarse acta haciendo constar el lugar y la fecha de otorgamiento y la administración actuante, la identificación de los titulares de los terrenos ocupados y la situación registral de éstos, la superficie ocupada y la edificabilidad urbanística que les corresponda.

- c) Las actuaciones deberán entenderse con el Ministerio Fiscal en cuanto hace a propietarios desconocidos, no comparecientes incapacitados sin representación y a propiedades litigiosas.
 - d) Los propietarios afectados por la ocupación tendrán derecho a la expedición de certificación administrativa acreditativa de todos los extremos del acta levantada.
 - e) La certificación administrativa del acta de ocupación directa producirá los efectos propios de la reparcelación.
 - f) La administración actuante remitirá al Registro de la Propiedad certificación del acta levantada acompañada del correspondiente plano a los efectos de la práctica de las inscripciones procedentes.
4. Transcurridos cuatro años desde el levantamiento del acta de ocupación sin que se hubiera aprobado con carácter definitivo la reparcelación de la unidad de ejecución correspondiente, el titular de los terrenos podrá instar ante la administración ocupante la expropiación conforme al artículo 185.

Artículo 42. Inscripción de las fincas y de su aprovechamiento en caso de ocupación directa.

El aprovechamiento urbanístico correspondiente a fincas que sean objeto de ocupación directa por la Administración actuante, por estar destinadas por el planeamiento a sistemas generales o a usos dotacionales de carácter local, se inscribirá por el Registrador de la Propiedad conforme a las siguientes reglas:

1. Será título inscribible la correspondiente certificación en la que consten las siguientes circunstancias:
 - a) Lugar y fecha en que se levanta la ocupación.
 - b) Determinación de la Administración actuante y transcripción del acuerdo de ocupación.
 - c) Datos de identificación de los titulares de derechos sobre las fincas ocupadas.

- d) Circunstancias de las notificaciones realizadas a dichos titulares y especificación de que ha transcurrido el plazo establecido por la ley para formular alegaciones.
 - e) Descripción de las fincas o partes de fincas objeto de ocupación junto con plano de las mismas, sus datos registrales, la superficie ocupada, las unidades de aprovechamiento que le correspondan y la unidad de ejecución donde han de hacerse efectivos estos aprovechamientos.
2. Si la superficie ocupada correspondiere a parte de una finca registral, en la certificación deberá practicarse la segregación correspondiente con especificación de la descripción de la finca matriz.
 3. La finca objeto de ocupación directa se inscribirá a favor de la Administración actuante, para su afectación al uso para el que fue ocupada y se hará constar que el aprovechamiento urbanístico correspondiente se halla pendiente de consolidación definitiva por la adjudicación de la finca de reemplazo. Al margen de la inscripción practicada se harán constar los datos registrales del folio abierto al aprovechamiento.
 4. El aprovechamiento dimanante de la finca o fincas ocupadas dará lugar a la apertura de un folio independiente para el que corresponda a cada una de ellas, al que se trasladarán todos los asientos vigentes de la finca ocupada. La certificación expresará los correspondientes derechos que, por razón de su naturaleza, no pueden extenderse sobre el aprovechamiento.
 5. El traslado de cargas no tendrá lugar cuando a la certificación se acompañe escritura pública a la que concurra el titular del dominio y el de las cargas previamente inscritas por la que se distribuya el aprovechamiento correspondiente a la finca ocupada entre todos ellos a título de dominio. En este caso se abrirá un folio por el aprovechamiento adjudicado a cada uno de los titulares en virtud de la distribución pactada.
 6. Los títulos de constitución, transmisión o gravamen del dominio o de los derechos reales que tengan por objeto los aprovechamientos inscritos a folio independiente, así como los relativos a la finca ocupada cuyo acceso al Registro tenga lugar con posterioridad a la ocupación, se inscribirán en el folio abierto al aprovechamiento hasta que tenga lugar lo dispuesto en el párrafo siguiente.

7. Cuando se inscriban a favor del titular o titulares del aprovechamiento la finca o fincas de resultado en la unidad de ejecución designada para que aquél se haga efectivo, se cancelará el folio o folios abiertos al aprovechamiento.

15. POSIBILIDADES DE EXTINCIÓN DE COMUNIDAD EN CONVENIO REGULADOR AL AMPARO DEL ARTÍCULO 5.4 DE LA LEY 7/2015

Es necesario por hacer constar que el indicado precepto establece lo siguiente:

“4. Asimismo, la propuesta de convenio regulador podrá contener el inventario y liquidación del régimen económico del matrimonio, o del establecido en el pacto de regulación de la pareja inscrita conforme a la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho en el País Vasco, y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera”.

La duda planteada es si este último inciso, que prevé la posibilidad de incluir en el convenio regulador la división de bienes en comunidad ordinaria indivisa es igualmente aplicable a las parejas de facto, es decir, aquéllas que siendo de hecho no se encuentran inscritas en el Registro Administrativo correspondiente.

La respuesta ha de ser necesariamente negativa, dado que es necesario poner esta norma en conexión con la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, cuyos artículos 2 y 3 atribuyen la denominación de pareja de hecho a las siguientes realidades:

Artículo 2. Concepto de pareja de hecho y ámbito de aplicación. Primero. A los efectos de la aplicación de esta ley, se considera pareja de hecho la resultante de la unión libre de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguini-

nidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o de distinto género. Asimismo ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o pareja de hecho. Las disposiciones de la presente ley serán de aplicación a las parejas de hecho constituidas en los términos del artículo 3 y siguientes de la ley. A tal efecto podrán inscribirse aquellas parejas de hecho en las que al menos uno de sus integrantes tenga vecindad civil vasca.

Artículo 3. Constitución y acreditación. 1. La inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que se creará al efecto, tendrá carácter constitutivo, de modo que a las no inscritas no les será aplicable la presente ley. 2. La constitución de la pareja objeto de la presente regulación, así como el contenido jurídico patrimonial de la relación, se acreditará mediante certificación expedida por el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco. 3. Las inscripciones practicadas en los registros municipales de aquellas localidades que cuenten con ellos tendrán el mismo efecto constitutivo, siempre y cuando al practicar dicha inscripción se hayan observado los requisitos establecidos en la presente ley, lo que deberá ser verificado por el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En consecuencia, toda referencia a pareja de hecho contenida en la Ley 7/2015 ha de entenderse remitida a la de aquéllas constituidas como tal con los requisitos del artículo 3 de la Ley 2/2003 y, por tanto, no será extensible a las parejas de hecho no inscritas.

Ello no obstante, sí les será de aplicación a los menores respecto de los cuales hayan de adoptarse medidas relativas al ejercicio de la patria potestad o guarda y custodia y asistencia, y demás medidas paternofiliales, con independencia del vínculo jurídico o administrativo de los progenitores.

Asimismo, nada impide que quienes constituyen pareja no inscrita puedan acudir a los procedimientos ordinarios de extinción de las comunidades de bienes existentes entre ellos formalizando la escritura pública si procede o, en el caso de no existir acuerdo, acudiendo al procedimiento de extinción de comunidad ante los tribunales competentes.

16. ¿ES NECESARIA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA CONSENTIENDO LA TRANSMISIÓN DE APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS?

Comenzando por la aplicación de la legislación estatal, el artículo 65.e del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana establece que es inscribible el acto de transmisión del aprovechamiento urbanístico, término que ha quedado sustituido por el de edificabilidad en la Ley 2/2006 de 30 de junio del Suelo de País Vasco. En relación a ello, el artículo 33 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio prevé que cuando la legislación urbanística aplicable admita o prevea la realización de transferencias de estos aprovechamientos, añadiendo el artículo 37 del mismo texto legal la necesidad de aportación de autorización de la transferencia o toma de razón en registros administrativos como requisito para la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad únicamente en los supuestos en que así lo prevea la legislación urbanística aplicable.

Acudiendo, por tanto, a la legislación de País Vasco, el artículo 18 de la Ley del Suelo de País Vasco establece relativo a la integración del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo, tiene el siguiente contenido:

1. La ordenación urbanística determinada por esta ley y sus disposiciones de desarrollo, y, en virtud de la misma, el planeamiento territorial y urbanístico, definen y delimitan las facultades y los deberes urbanísticos

de la propiedad del suelo, vinculando éste y las construcciones, edificaciones e instalaciones, mediante la clasificación y calificación, a los correspondientes destinos, y mediante la programación a sus correspondientes plazos de ejecución.

2. En particular, la ordenación urbanística puede determinar, además de la edificabilidad urbanística y de los usos que atribuya al vuelo y al subsuelo ligados a la superficie, la utilización específica e independiente del suelo, subsuelo y vuelo para fines de uso o servicio público, así como de utilidad pública o interés social, con preservación de los restos arqueológicos de interés histórico y cultural y prevención de los riesgos que puedan suponer para los recursos naturales, y en particular los hidrológicos.

Por tanto, corresponde a la ordenación urbanística, a través de los actos de planeamiento, y como indica el artículo 50.2.d de la misma Ley, establecer la edificabilidad urbanística, pudiendo hacerlo mediante la concreción de la misma en cualquiera de las fórmulas establecidas en el artículo 35 del mismo texto y siempre con los límites previstos en el artículo 77.

Si legalmente se establecen unos límites a la edificabilidad atribuible por los actos de ordenación urbanística, los mismos han de ser igualmente aplicables a los particulares, debiendo en todo caso mantenerse las densidades y estándares tal y como obliga el artículo 83 de la misma en los actos de ejecución del planeamiento, de modo que, una vez aprobados, los planes vinculan a su cumplimiento de forma imperativa y según se extrae del artículo 88.

Dado que el artículo 103 establece que toda reconsideración del contenido de los planes urbanísticos no comprendida en el artículo anterior requerirá su modificación y que del mismo modo el artículo 105 determina que toda revisión o modificación de la ordenación establecida por un plan urbanístico que aumente la edificabilidad urbanística o incremente la intensidad de los usos, distintos de los de las dotaciones públicas, de algún

terreno, acuerde la desafección del suelo de un destino público o descalifique terrenos destinados a los usos previstos en el artículo 16, deberá contemplar las medidas compensatorias precisas, con los objetivos y reglas previstos en el mismo, parece lógico considerar que, del mismo modo, toda alteración de la distribución de edificabilidad establecida por los planes y que tenga como origen la voluntad de los particulares ha de ser igualmente sometida a consideración de la Administración competente para comprobar su adecuación a la legislación urbanística aplicable, máxime cuando de acuerdo con el artículo 225.2.d, constituye infracción urbanística grave las relativas al volumen edificable o al exceso de edificabilidad.

17. SE PRODUCE LA ESCISIÓN DE UNA SOCIEDAD, EXTINGUIÉNDOSE LA MISMA, Y CONSTITUYÉNDOSE EN EL MISMO ACTO POR EL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD QUE SE ESCINDE DOS NUEVAS SOCIEDADES A LAS QUE SE TRANSFIERE EL PATRIMONIO DE LA MISMA. EL INTERVINIENTE ES ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD DE NUEVA CREACIÓN DESTINATARIA DE UNA PARTE DEL PATRIMONIO PERO NO DE LA SOCIEDAD A LA QUE SE TRANSMITEN LOS BIENES INMUEBLES, PUES EN ESTA MISMA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD SE DESIGNA A UN TERCERO COMO ADMINISTRADOR DE ESTA ÚLTIMA. ¿ES NECESARIA LA INTERVENCIÓN DEL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD A LA QUE SE APORTAN LOS BIENES INMUEBLES?

Art. 21 TRLSC. Otorgamiento de la escritura de constitución

La escritura de constitución de las sociedades de capital deberá ser otorgada por todos los socios fundadores, sean personas físicas o jurídicas, por sí o por medio de representante, quienes habrán de asumir la totalidad de las participaciones sociales o suscribir la totalidad de las acciones.

Artículo 22 TRLSC. Contenido de la escritura de constitución

1. En la escritura de constitución de cualquier sociedad de capital se incluirán, al menos, las siguientes menciones:
 - a) La identidad del socio o socios.
 - b) La voluntad de constituir una sociedad de capital, con elección de un tipo social determinado.
 - c) Las aportaciones que cada socio realice o, en el caso de las anónimas, se haya obligado a realizar, y la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas a cambio.
 - d) Los estatutos de la sociedad.
 - e) La identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad.
2. Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada, la escritura de constitución determinará el modo concreto en que inicialmente se organice la administración, si los estatutos prevén diferentes alternativas.
3. Si la sociedad fuera anónima, la escritura de constitución expresará, además, la cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta la inscripción.

Artículo 63 TRLSC. Aportaciones no dinerarias

En la escritura de constitución o en la de ejecución del aumento del capital social deberán describirse las aportaciones no dinerarias con sus datos registrales si existieran, la valoración en euros que se les atribuya, así como la numeración de las acciones o participaciones atribuidas.

Artículo 78 TRLSC. El desembolso del valor nominal de las participaciones sociales

Las participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad de responsabilidad limitada deberán estar íntegramente asumidas por los socios, e íntegramente desembolsado el valor nominal de cada una de ellas

en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social.

Artículo 79 TRLSC. El desembolso mínimo del valor nominal de las acciones

Las acciones en que se divida el capital de la sociedad anónima deberán estar íntegramente suscritas por los socios, y desembolsado, al menos, en una cuarta parte el valor nominal de cada una de ellas en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social.

De todos los preceptos citados resulta que para la constitución de una sociedad es imprescindible la concurrencia de los socios constituyentes, quienes ha de identificar las aportaciones que han de ser efectivamente realizadas al patrimonio de la sociedad, así como suscribir las acciones o participaciones íntegramente, debiendo hacer constar cuál va a ser la forma de administración con designación de quien o quienes hayan de desempeñar tal función inicialmente, pero sin que sea exigible la intervención de estos últimos, dado que quien adquiere la titularidad del bien es la sociedad misma, representada en el acto de constitución por los propios constituyentes, sin que tenga personalidad jurídica propia en tanto no se cumplan todos los requisitos de constitución, incluida la identificación de las aportaciones al capital social, se acredite su efectividad y se suscriban las participaciones o acciones correspondientes por los constituyentes, además de los restantes requisitos formales y materiales que no son objeto de duda.

18. ¿CÓMO SE PROCEDE A LA CANCELACIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN?

Según resulta de Resolución de la Dirección General de 30 de octubre de 2020, publicada en el BOE número 307 del lunes 23 de noviembre de 2020, será necesaria certificación administrativa firme de la que resulte haber quedado expedita la vía judicial o, en su caso, resolución judicial firme, todo ello en procedimiento en que se haya dado audiencia a quien figure en el Registro como titular del posible derecho de reversión.

“Es doctrina de esta Dirección General (véase resoluciones de 30 de marzo y 19 de abril de 2016 citadas en los vistos) que para la cancelación de un asiento registral se presupone bien el consentimiento del titular del derecho reflejado en dicho asiento, bien la pertinente resolución judicial supletoria. (cfr. arts. 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). Pero, no es menos cierto que dicha regla tiene importantes excepciones y una de ellas es cuando el derecho inscrito se haya extinguido por imperativo del propio título inscrito, o por disposición directa de la ley (artículo 82 de la Ley Hipotecaria). Eso es lo que ocurre en los supuestos de caducidad del derecho de reversión si, a través del oportuno expediente administrativo, queda acreditado que el derecho de reversión ha incurrido en causa de caducidad y extinción de conformidad con lo establecido en la Ley sobre expropiación forzosa.

En los casos de caducidad este Centro Directivo sostiene que la cancelación registral solicitada –cfr. Resolución de 30 de marzo de 2016–, debe pasar por la exigencia de certificación del acto administrativo firme que, con audiencia del interesado, declare la extinción del derecho de reversión, siempre y cuando tal decisión haya adquirido firmeza, también en vía jurisdiccional, por sentencia judicial confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Respecto a la exigencia de firmeza no solo en vía administrativa, sino también en vía judicial, o en su caso, el transcurso del plazo de impugnación correspondiente, a los efectos de cancelar la mención registral relativa a la expectativa o derecho de reversión expropiatorio, debe partirse

de que la calificación registral de los documentos administrativos que pretendan su acceso al Registro de la Propiedad se extiende en todo caso a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro (cfr. artículo 99 del Reglamento Hipotecario).

En efecto, cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, como fundamento de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez de los artículos 57 de la Ley 30/1992 y 39 de la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia erga omnes, como el de inoponibilidad de lo no inscrito y en el fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (vid. Resolución de 15 de enero de 2013)”.

19. ¿PUEDE INTERVENIR POR SÍ SOLO EL CURADOR SIN EL SOMETIDO A CURATELA, TRATÁNDOSE DE DESIGNADO CON ARREGLO A LA LEGISLACIÓN YA DEROGADA?

El antiguo artículo 288 del Código Civil establecía que la curatela no tendría otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos o, en el caso de los incapacitados, para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido, de modo que dicha institución implica por sí misma que ha de intervenir el sometido a ella y, junto a esta persona, el

designado como curador, pero sin que pueda realizar los actos por sí solo, por lo que no puede tenerse por válidamente prestado el consentimiento.

Es necesario tener en cuenta que tales supuestos de curador sólo se calificarán con la legislación anterior al 3 de septiembre de 2021 cuando se trate de actos realizados con anterioridad a dicha fecha, debiendo de aceptarse la intervención del curador en tanto no se haya procedido a la revisión de la resolución judicial correspondiente pero debiendo valorarse la válida prestación del consentimiento por el Notario autorizante y calificarse por nosotros con los criterios de la legislación vigente.

20. EXISTE UNA SERVIDUMBRE CONSTITUIDA POR LOS TITULARES DE PREDIO DOMINANTE Y SIRVIENTE CUANDO NO EXISTÍAN CALLES Y CONSTANDO QUE A LA APERTURA DE LA MISMA SE PRODUCIRÍA LA EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL. ¿CÓMO SE PROCEDE A SU CANCELACIÓN?

No habiéndose pactado una forma distinta para la cancelación, serán de aplicación los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 238 y 239 del Reglamento Hipotecario, de los que resulta que será necesario documento público otorgado por el titular registral del derecho, en este caso el titular del predio dominante, o instancia firmada por ambas partes con firma legitimada o en virtud de resolución judicial firme en procedimiento dirigido frente al titular del predio sirviente.

NORMAS DE PUBLICACIÓN
ARGITALPENERAKO ARAUAK
PUBLICATION STANDARDS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Contenido

JADO publica, con carácter anual a partir de 2021, trabajos de investigación jurídica y notas (recensiones y comentarios normativos y jurisprudenciales).

Todo ello sin perjuicio de la publicación de números especiales y extraordinarios, cuya periodicidad se ajustará a la convocatoria correspondiente.

2. Frecuencia de la publicación: anual.

3. Envío de originales

Los originales han de ser inéditos y deberán ser enviados a la Dirección de la revista, mediante correo electrónico remitido a la siguiente cuenta: secretaria@avd-zea.com

4. Derechos de autor

JADO es una revista de acceso abierto (<http://www.avd-zea.com>), lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley, sin la previa autorización de la editorial o del autor, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año y páginas) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

5. Formato de los estudios y notas

En la primera página se incluirá el título, el nombre del/a autor/a y su filiación académica, así como su dirección de correo electrónico y teléfono de contacto.

La segunda página recogerá tres resúmenes, en euskera, castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno, y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras), tanto en euskera como en castellano y en inglés. Los tex-

tos deben ir precedidos de un breve resumen de los diferentes apartados en que se estructuran.

Los materiales se publicarán, preferentemente, en castellano y en euskera.

6. Normas de edición

Las citas bibliográficas y las referencias a otras fuentes documentales se harán teniendo en cuenta las siguientes pautas de edición:

- a) La extensión recomendada para los materiales, en el caso de los estudios, es de 15 a 30 páginas ISO A4, a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable. En el caso de las notas, es de 5 a 10 páginas ISO A4, a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable.
- b) Se exige la inclusión de un apartado final de bibliografía, en que se recojan las obras utilizadas en la elaboración del texto o las que se consideran de referencia sobre la materia de que trate el texto.
- c) Es necesario que los autores/ras organicen el contenido del texto con una introducción que defina el objeto, un desarrollo que incluya los datos y los argumentos que el autor considere oportuno aportar y una conclusión que presente una propuesta, una valoración o una reflexión final.
- d) Se recomienda seguir el siguiente sistema en cuanto a la bibliografía citada: o Apellidos, Nombre, «Título del artículo», Título de la Revista o del libro (si el título de la revista es una sigla, no se debe escribir en cursiva), volumen, N^o, ciudad de edición, editorial, año de publicación, páginas afectadas.
- e) Las citas de las leyes deben seguir el modelo siguiente (o el modelo de citación usual en cada ordenamiento jurídico):

Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.
- f) Las siglas se tienen que escribir sin puntos, p.ej. LPL. La primera vez que aparezca en un artículo una sigla poco difundida, se tiene que escribir el nombre completo seguido de la sigla entre paréntesis.

7. Proceso de publicación

El director y la directora adjunta de *JADO* con la participación del Consejo de redacción y del Consejo asesor decidirán la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa independiente. El proceso de evaluación de los trabajos será una revisión ciega por pares, siguiendo el código ético de *JADO*. Los autores podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de 10 días no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.

8. Tasas

No se cobran costos de envío, procesamiento ni publicación de los artículos.

9. Copyright

Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *JADO*.

ARGITARATZE ARAUAK

1. Edukia

JADO aldizkariak argitaratzen du urtero-urtero 2021. urtetik aurrera ikerketa juridikoaren lanak eta oharrak (aipamen bibliografikoak, arauen eta epaien gaineko iruzkinak).

Betiere zenbaki berezi eta ezohikoen argitalpenari kalterik egin gabe. Horien aldikotasuna deialdiaren arabera izango da.

2. Argitaraldiaren maiztasuna: urterokoa.

3. Jatorrizko lanak bidaltzea

Jatorrizko testuak argitaratu gabeak izango dira eta aldizkariaren zuzendaritzara igorriko dira, posta elektronikoko baten bidez, jarraiko emailera: HYPERLINK “mailto:secretaria@avd-zea.com” secretaria@avd-zea.com.

4. Egilearen eskubideak

JADO aldizkariak sarrera irekia du (<http://www.avd-zea.com>). Hartara, sarrera askea du bere osotasunean zenbaki bakoitza argitaratu ondoren. Onartzen da, beraz, horren irakurketa, bilaketa, deskarga, banaketa eta bererrerabiltzea, legearen arabera, edozein euskarritan, betiere merkataritzako ez diren helburuekin. Horretarako ez da beharrezkoa izango argitaletxearen edo egilearen baimenik, jatorrizko lana behar den bezalaxe aipatzen bada (zenbakia, urtea eta orrialdeak) eta jatorrizkoan egin diren aldaketak argiro adierazten badira.

5. Azterlanen eta oharren nondik norakoak

Lehen orrialdean barneratuko dira titulua, egilearen izena eta horren filiazio akademikoa, eta berebat posta elektronikokoaren helbidea eta harremanetarako telefonoa.

Bigarren orrialdean barneratuko dira hiru laburpen, euskaraz, gaztelaniaz eta ingelesez, batez beste 120 hitz bakoitzean eta lanaren gako hitzak (hiritik bostera), euskaraz, gaztelaniaz eta ingelesez. Testuek eramango dute

aldez aurretiko aurkibide laburra, bertan diren alor desberdinak biltzen dituenak.

Langaiak argitaratuko dira, batik bat, gaztelaniaz eta euskaraz.

6. Argitaratze arauak

Aipamen bibliografikoak eta bestelako agiri iturrietara egindako erreferentziak honetara guzatuko dira, argitaratze arau hauek betez:

- a) Langaietarako luzera gomendatua, azterlanen kasuan, 15 orrialdetik 30 orrialdera doa ISO A4, lerroartekoa 1,5, euskarri informatikoan, nagusiki Word edo berrikusteko modukoan. Oharren kasuan 5 orrialdetik 10 orrialdera doa ISO A4, lerroartekoa 1,5, euskarri informatikoan, nagusiki Word edo berrikusteko modukoan.
- b) Bibliografiari buruzko azken atala ere beharrezkoa da. Bertara bilduko dira testua ontzeko erabili diren lanak edo testuak aztertzen duen gaietan erreferentziatzekoak direnak.
- c) Nahitaezkoa da egileek testuaren edukia antolatzea honetara: testuaren objektua zehazten duen sarrera, datuak eta egileak egoki irizten dituen arrazoiak barneratzeko garabidea eta ondorioak, horrek ere proposamena, balioztatzea edo azken gogoeta ekartzen dituela.
- d) Bibliografia aipatuari buruz jarraiko sistema erabiltzea gomendatzen da: edo Deiturak, Izena, «Artikuluaren titulua», Aldizkariaren edo liburua-
ren titulua (aldizkariaren titulua sigla bada, ez da letra etzanez idatzi behar), bolumena, zenb., argitaratze tokia, argitaletxea, argitaratze urtea, ukitutako orrialdeak.
- e) Legeen aipamenak jarraiko ereduaren arabera egin behar dira (edo ordenamendu juridiko bakoitzean ohikoa izaten den aipamen ereduaren arabera):
Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.
Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.
- f) Siglak punturik gabe idatziko dira, adibidez, LPL. Artikulu batean lehenegertzen denean hedapen gutxiko sigla bat, izen osoa idatziko da eta gero sigla parentesi artean.

7. Argitaratze ibilbidea

JADO aldizkariaren zuzendariak eta zuzendari laguntzaileak erabakiko dute idazketa batzordearen eta nazioarteko batzorde aholkulariarekin batera lanen argitalpena, kanpoko ikuskaritza eta ebaluazio independente batean oinarriturik. Lanen ebaluazio- prozesua aditu parekideen berri-kuspén itsuaren bidez egingo da, *JADO* aldizkariaren kode etikoa betez. Egileok inprenta probak zuzendu ahal izango dituzte eta hamar egunetan horien zuzenketa jasotzen ez badira, ulertuko da egilea ados dagoela egingako inprimaketarekin.

8. Tasak

Artikuluak bidaltzeko, prozesatzeko eta argitaratzeko kostuak ez dira ko-bratu.

9. Copyright delakoa

JADO aldizkarian argitaraturiko artikuluen egileek, baldin eta artikuluen horiek argitaragabeak baldin badira, beste leku batean erreproduzitu ahal izango dituzte horiek, betiere *JADO* aldizkarian egin duten lehen argitaratzearen berri zehatza ematen baldin badute.

PUBLICATION STANDARDS

1. Content.

JADO publishes every year, starting in 2021, research works and notes (law and jurisprudential recensions and comments), notwithstanding the publications of especial and extraordinary numbers, which its periodicity adjusted to the corresponding call.

2. Publication frequency: yearly.**3. Originals mailing**

Originals must be unedited and sent to the magazine following email address: secretaria@avd-zea.com

4. Copyrights

JADO is an open access magazine ([HYPERLINK “http://www.avd-zea.com/”](http://www.avd-zea.com/)<http://www.avd-zea.com/>), which means it is entirely access free after every number publication. Reading, search, download, distribution and legal reusing under any kind of medium are permitted exclusively for no commercial means, and according to the Law, without previous consent of the publishing house, providing that the original work is accordingly cited (number, year and pages) and that any change in the original is clearly indicated.

5. Studies and notes format

The first page of the work must include the title, name of the author and academic filiation, as well as email and phone number.

The second page will include three abstracts in Basque language, Spanish and English with an average extensions of 120 letters each, as well as the work key words (3 to 5 words), also in Basque, Spanish and English. The texts must be preceded by a brief summary of the different epigraphs.

The material will be published, preferentially, in Basque and Spanish.

6. Edition standards

Bibliographic citations and references to other documentary sources must follow the following rules:

- a) The recommended extension for the studies is 15 to 30 pages ISO A4, 1.5 interline, in informatics medium, preferentially, in Word or a revisable format. For the notes, 5 to 10 pages ISO A4, 1.5 interline in informatics medium, preferentially, in Word or a revisable format.
- b) It is required a final bibliography section with the inclusion of the works used for the text elaboration or that may be considered referential in the matter the text is about.
- c) It is required that authors structure the text with an introduction including the data and arguments which define the object of the work, an unfolding including the data and arguments which the author appropriate to add and a conclusion presenting a proposal, an assessment, or a final reflexion.
- d) It is recommended to fulfil the following system when citing bibliography: name, first name, «Tittle of the article», Tittle of the magazine o of the book (if the tittle of the magazine are initials, do not use cursive type), volume, no., publishing city, publishing house, publishing year and pages concerned.
- e) Law citation must follow the next model (or the usual citation mode in each Law system):
i.e.
Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.
- f) Initials should be written without dots, i.e. LPL. Should the work mention a little widespread initials for the first time, it is required to write the whole name followed by the initial between brackets.

7. Publishing process

JADO's Director and the assistant director, with the cooperation of the Editorial Board and the Advisory Committee, will decide the works publication on an external and independent evaluation basis. The works evaluation process will be submitted to peer blind review, in accordance with *JADO*'s ethical Code. The authors may correct the printing proofs, so that if the correction is not received within 10 days his approval to the printing proof is presumed.

8. Taxes

There are no costs associated with delivery, processing or publication.

9. Copyright

The authors of the unpublished works released in this magazine can reproduce them providing the appropriate quotation of its original publication in *JADO*.

